

# **Kvinneres lønnsvilkår under og etter permisjon**

Kandidatnummer: 631

Leveringsfrist: 25.04.08

Til sammen 17 898 ord

15.09.2008

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>BAKGRUNNEN FOR TEMAET</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Målet med oppgaven	1
1.2	Likelønnskommisjonen	2
1.3	Kvinner, permisjon og likebehandling	2
1.4	Veien videre	4
<b><u>2</u></b>	<b><u>KVINNERS RETTIGHETER TIL FRI OG BETALING I FORBINDELSE MED FØDSEL</u></b>	<b><u>4</u></b>
2.1	Innledning	4
2.2	Arbeidsmiljøloven og rett til permisjon	5
2.2.1	Hva permisjon innebærer	5
2.2.2	Svangerskapspermisjon	5
2.2.3	Fødselspermisjon	5
2.2.4	Foreldrepermisjon	5
2.2.5	Delvis permisjon	6
2.2.6	Omsorgspermisjon og fedrekvote	6
2.3	Folketrygdloven og rett på pengeytelser	6
2.3.1	Svangerskapsenger	6
2.3.2	Foreldrepenger	7
2.3.3	Fedrekvote	9
2.3.4	Farens uttak av foreldrepenger	9
2.4	Kollektive avtaler	9
<b><u>3</u></b>	<b><u>KVINNERS RETT TIL IKKE Å BLI DISKRIMINERT. NASJONALE BESTEMMELSER</u></b>	<b><u>10</u></b>

<b>3.1</b>	<b>Grunnloven</b>	<b>10</b>
<b>3.2</b>	<b>Likestillingsloven og likelønn</b>	<b>10</b>
3.2.1	Likebehandling av kjønn og arbeidsmiljøloven	10
3.2.2	Likebehandling av kjønn og arbeidsgivers styringsrett	11
3.2.3	Lovens formål og virkeområde	11
3.2.4	Likelønnsprinsippet	12
3.2.5	Likestillingslovens generalklausul om forskjellsbehandling	12
3.2.6	Krav om saklighet i offentlig sektor	19
3.2.7	Delt bevisbyrde	19
<b>4</b>	<b><u>KVINNERS RETT TIL IKKE Å BLI DISKRIMINERT. INTERNASJONALE FORPLIKTELSE</u></b>	<b><u>20</u></b>
<b>4.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>20</b>
<b>4.2</b>	<b>ILO</b>	<b>21</b>
<b>4.3</b>	<b>EØS-avtalen og likebehandling</b>	<b>22</b>
4.3.1	Særlig om likelønnsdirektivet	23
4.3.2	Nytt rammedirektiv	23
4.3.3	Norges lange lønnede fødselspermisjoner og EØS-avtalen	24
<b>4.4</b>	<b>Kvinnekonvensjonen</b>	<b>25</b>
<b>4.5</b>	<b>Folkerettslige forpliktelser utgjør minimumskrav</b>	<b>25</b>
<b>5</b>	<b><u>KOLLEKTIV AVTALEFRIHET OG RETTEN TIL LIKELØNN</u></b>	<b><u>26</u></b>
<b>5.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>26</b>
<b>5.2</b>	<b>Pliktobjekter etter likestillingsloven</b>	<b>27</b>
<b>5.3</b>	<b>Den kollektive avtalefrihet vs. likelønnsprinsippet</b>	<b>27</b>
<b>5.4</b>	<b>Lønnsforskjeller i ulike former</b>	<b>29</b>

<b>5.5</b>	<b>Tariffavtaler og retten til på individuelt nivå å ikke bli diskriminert på grunn av kjønn</b>	<b>30</b>
5.5.1	Terskel for å få prøvd en likelønns sak	30
<b>5.6</b>	<b>Tariffpartenes egen kontroll av avtalene</b>	<b>31</b>
<b>5.7</b>	<b>Kontroll av avtalene gjennom håndhevingsorganene</b>	<b>32</b>
5.7.1	Hva innebærer aktivitetsplikten etter likestillingsloven § 1a	33
5.7.2	Håndheving og sanksjonering av aktivitetsplikten	33
5.7.3	Redegjørelsesplikt	34
5.7.4	Håndheving og sanksjonering av redegjørelsesplikten	35
5.7.5	Kritikk av aktivitetsplikten	35
<b>6</b>	<b><u>LØNSSVILKÅR</u></b>	<b>37</b>
<b>6.1</b>	<b>Kvinner sakker akterut lønnsmessig</b>	<b>37</b>
<b>6.2</b>	<b>Hva er lønn?</b>	<b>37</b>
<b>7</b>	<b><u>HVILKE KRAV TIL LØNN KAN KVINNER STILLE UNDER PERMISJON?</u></b>	<b>39</b>
<b>7.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>39</b>
<b>7.2</b>	<b>Innebærer ”full lønn” under permisjon at også tilleggsutbetalinger medregnes?</b>	<b>39</b>
7.2.1	Tilleggsutbetalinger belyst gjennom saken om ”Pr.capita-avtaler”.	39
<b>7.3</b>	<b>Har kvinner rett til å beholde goder/frynsegoder under permisjonen?</b>	<b>42</b>
7.3.1	Ombudets sak om fri avis under fødselsperioden	43
7.3.2	Har kvinner rett på utbetaling av julegratiale i permisjon?	44
<b>7.4</b>	<b>Har kvinner krav på lønnsøkning i permisjon?</b>	<b>47</b>
7.4.1	Praksis fra EF-domstolen	48
7.4.2	Oppgradering til høyere lønnsklasse	51
<b>8</b>	<b><u>HVILKE KRAV TIL LØNN KAN KVINNER STILLE VED GJENINNTREDEN?</u></b>	<b>52</b>
<b>8.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>52</b>

<b>8.2</b>	<b>Har kvinner rett til å stille lønnskrav i lokale forhandlinger?</b>	<b>53</b>
8.2.1	Uttalelser fra Ombudet	53
<b>8.3</b>	<b>Har kvinner rett til individuelle lønnstillegg under permisjon?</b>	<b>56</b>
8.3.1	Uttalelser fra Ombudet	56
8.3.2	Saker for Nemnda om lokale lønnsforhandlinger	57
8.3.3	Manglende vurderingsgrunnlag er saklig grunn til forskjellsbehandling i forhold til individuelle lønnstillegg	62
<b>8.4</b>	<b>Virkningstidspunkt for lønnstillegg under fødselspermisjon</b>	<b>62</b>
8.4.1	Virkningstidspunkt er avhengig av tolkning	63
<b>8.5</b>	<b>Har kvinner rett til bonus under eller etter foreldrepermisjonen?</b>	<b>64</b>
8.5.1	Uttalelser fra Ombudet	64
8.5.2	Permisjon i tilknytning med fødsel må ikke behandles strengere enn annet fravær	65
8.5.3	Diskriminerende rutiner for utbetaling av bonus	66
8.5.4	Rett til bonus og utbetalingstidspunkt	67
<b>8.6</b>	<b>Forslag om gjennomsnittlig lønnstillegg</b>	<b>68</b>
<b>9</b>	<b><u>HÅNDHEVINGSORGANER SOM HAR RELEVANS FOR</u></b>	
	<b><u>DISKRIMINERINGSFORBUDET</u></b>	<b>68</b>
<b>9.1</b>	<b>Likestillings - diskrimineringsombudet</b>	<b>69</b>
<b>9.2</b>	<b>Likestillings - og diskrimineringsnemnda</b>	<b>70</b>
<b>9.3</b>	<b>Domstolene</b>	<b>71</b>
<b>9.4</b>	<b>Arbeidsretten</b>	<b>72</b>
<b>9.5</b>	<b>EF-domstolen</b>	<b>73</b>
<b>9.6</b>	<b>ESA</b>	<b>73</b>
<b>9.7</b>	<b>EFTA-domstolen</b>	<b>74</b>
<b>9.8</b>	<b>Kvinnekomiteen</b>	<b>75</b>

<b><u>10</u></b>	<b><u>SANKSJONER</u></b>	<b><u>76</u></b>
<b>10.1</b>	<b>Ugyldighet</b>	<b>76</b>
<b>10.2</b>	<b>Hva Nemndas vedtak kan gå ut på</b>	<b>77</b>
<b>10.3</b>	<b>Erstatning for tap i forbindelse med diskriminering</b>	<b>77</b>
<b>10.4</b>	<b>Straff</b>	<b>78</b>
<b><u>11</u></b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b><u>79</u></b>
<b><u>12</u></b>	<b><u>LOV – OG FORARBEIDSREGISTER</u></b>	<b><u>A</u></b>
<b>12.1</b>	<b>Lover, direktiv og internasjonale konvensjoner</b>	<b>A</b>
12.1.1	Lover	A
12.1.2	EU-direktiver	A
12.1.3	Internasjonale konvensjoner m.m	B
<b>12.2</b>	<b>Forarbeider</b>	<b>B</b>
12.2.1	Stortingsdokumenter	B
12.2.2	Norges offentlige utredninger	C
<b><u>13</u></b>	<b><u>DOMSREGISTER</u></b>	<b><u>C</u></b>
<b>13.1</b>	<b>Arbeidretten</b>	<b>C</b>
<b>13.2</b>	<b>Likestillings – og diskrimineringsombudet/Likestillingsombudet</b>	<b>C</b>
<b>13.3</b>	<b>Likestillings – og diskrimineringsnemnda/ Klagenemnda for likestilling</b>	<b>D</b>
<b>13.4</b>	<b>EF-domstolen</b>	<b>D</b>
<b>13.5</b>	<b>EFTA-domstolen</b>	<b>E</b>

# **1 Bakgrunnen for temaet**

## **1.1 Målet med oppgaven**

Målet med oppgaven er å belyse hvordan kvinner er beskyttet mot å bli forskjellsbehandlet i de tilfellene der de gjennom en kollektiv avtale er gitt full lønn under fødselspermisjon og foreldrepermisjon. Hva som skjer med lønnsvilkårene under og etter permisjonen har betydning for om de klarer å oppebære lønnsnivået over tid.

Kvinner og menn har rett til lik lønn for samme arbeid eller arbeid av lik verdi, jfr. det såkalte likelønnsprinsippet. Lønningen skal fastsettes på en måte som ikke forskjellsbehandler verken direkte eller indirekte. Kvinner med lange fravær i forbindelse med fødsel er mest sårbare for slik forskjellsbehandling, og til tross for at likelønnsprinsippet har vært lovfestet gjennom likestillingsloven siden 1978, er det fremdeles betydelige lønnsforskjeller mellom kjønnene.<sup>1</sup>

Lønnsdannelsen i Norge skjer i stor grad gjennom kollektive avtaler. Selv om likelønnsprinsippet også gjelder her, har ikke lønnsforskjellene mellom kvinner og menn blitt utlignet. Tvert imot skapes lønnsforskjeller i den frie lønnsdannelsen gjennom forhandlinger. Lik lønn for kvinner og menn har med andre ord ikke blitt gjennomført på et arbeidsmarked som reguleres gjennom kollektive forhandlinger og avtaler mellom organisasjonene på arbeidsmarkedet.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Ot.prp. nr 77 (2000-2001) s. 50-51 og NOU 2008:6

<sup>2</sup> Vigerust, 1998 s. 1

## 1.2 Likelønnskommisjonen

Regjeringen Stoltenberg II nedsatte Likelønnskommisjonen ved kongelig resolusjon 16.juni 2006. Kommisjonen fikk mandat til å se nærmere på sammenhengen mellom kjønn og lønn i et likelønnsperspektiv. Kommisjonen leverte sin utredning 21.februar 2008.

I utredningen fremkommer det at en rekke internasjonale studier finner en sammenheng mellom barn og mødres lønnsutvikling.<sup>3</sup> Man antar at barns negative innvirkning på mors lønnsutvikling henger sammen med at mødre har en mye lengre fraværperiode i forbindelse med fødsel enn fedre.<sup>4</sup>

Disse funnene ønsker jeg å sette i en juridisk sammenheng.

## 1.3 Kvinner, permisjon og likebehandling

Arbeidsmarkedet er i dag avhengig av kvinnelige arbeidstakere og flesteparten av disse har lange fravær i forbindelse med barnefødsler. Det har derfor tvungen seg frem tidsrettigheter som gir disse arbeidstakerne lovfestet rett til fravær fra lønnsarbeidet på grunn av graviditet, omsorgsoppgaver mv. Disse rettighetene kan fremgå av tariffavtaler<sup>5</sup> eller direkte av arbeidsmiljøloven (heretter kalt aml) kapittel 12.<sup>6</sup>

I nær tilknytning til tidsrettighetene hører pengerettighetene. Det påligger ikke arbeidsgiver noen plikt til å utbetale lønn til kvinner som har fravær i forbindelse med fødsel.<sup>7</sup>

Arbeidstakerens behov for økonomisk kompensasjon har tradisjonelt blitt sett på som et

---

<sup>3</sup> NOU 2008: 6 s 178

<sup>4</sup> NOU 2008:6 s 179

<sup>5</sup> For eksempel Hovedtariffavtalen, KS. Kapittel 1, § 8. Tariffperioden 01.05.2006-30.04.2008

<sup>7</sup> Likestillingsombudets sak 2004/292



ansvar for det offentlige. Folketrygdlovens kapittel 14 regulerer pengerettighetene i forbindelse med svangerskap, fødsel og adopsjon. Ved fravær mottar man fødselspenger fra folketrygden begrenset oppad til 6 G.<sup>8</sup> Dette betyr i praksis at en del kvinner taper økonomisk på å ta ut fødselspermisjon. Dette er imidlertid et system som ikke kan sies å være i strid med likestillingsloven.<sup>9</sup>

Mange arbeidstakere har imidlertid avtale med arbeidsgiver om at arbeidsgiver utbetaler lønn under foreldrepermisjon.<sup>10</sup> Noen har for eksempel en avtale som sikrer full lønn<sup>11</sup>, det vil si at arbeidsgiver betaler lønn som overstiger seks G.

Store deler av arbeidsmarkedet er regulert av kollektive avtaler som mange gir rett til full lønn under permisjon. For slike avtaler gjelder det et likebehandlingsprinsipp som inneholder et likelønnsprinsipp som skal sikre kvinner og menn i samme virksomhet lik lønn for samme arbeid eller arbeid av lik verdi samt at lønnen skal fastsettes på samme måte uten hensyn til kjønn.<sup>12</sup> Slike kollektive avtaler må behandle kvinner og menn likt. Det betyr at de må omfatte både kvinnelige og mannlige ansatte, og gi kvinner og menn de samme rettighetene. Dette følger av generalklausulen i likestillingsloven § 3. Kvinner nyter godt av et såkalt graviditetsvern i likestillingsloven. Vernet skal påse at ikke kvinner blir forskjellsbehandlet når det gjelder for eksempel lønn ved fravær på grunn av fødsel, graviditet og utnyttelse av permisjonsrettigheter som er forbeholdt kvinnen.<sup>13</sup>

---

<sup>8</sup> Folketrygdloven § 14-7

<sup>9</sup> Likestillingsombudets sak 2004/292

<sup>10</sup> Jakhell, Kommentarer til arbeidsmiljøloven, 2006. s 518

<sup>11</sup> Alle ansatte i offentlig sektor har rett på full lønn i permisjonstiden, også utover 6 G

<sup>12</sup> Likestillingsloven § 5

<sup>13</sup> Likestillingsloven § 3

## 1.4 Veien videre

Selv om vi har et system der kvinner og menn i stor grad kan dele foreldrepermisjonen, er det likevel flest kvinner som benytter seg av disse rettighetene. Kvinner som har lange fravær blir lett glemt og ekskludert når det kommer til endringer i lønnsvilkårene under fraværet. Det er derfor viktig at kvinnes lønnsvilkår blir ivaretatt under og etter permisjonen slik at de ikke sakker akterut i forhold til lønnsutviklingen.

Først gi en oversikt over tidsrettighetene og pengerettighetene etter forholdsvis arbeidsmiljøloven og folketrygdloven. Videre tar jeg for meg diskrimineringsforbudet, hvordan det kommer til uttrykk i nasjonal lovgivning samt i våre internasjonale forpliktelser. Jeg har videre et kapittel som omhandler kollektive avtaler og likelønnsprinsippet. Her viser jeg hvordan likelønnsprinsippet griper inn i den kollektive avtalefriheten.

Hoveddelen består av kapitlene 6,7 og 8. Der jeg tar for meg hvordan kvinners lønnsvilkår er under og etter permisjon når de er tilkjent ”full lønn” gjennom en kollektiv avtale. Kapitlene 9 og 10 er om håndheving og sanksjonering av diskrimineringsforbudet.

## 2 Kvinner rettigheter til fri og betaling i forbindelse med fødsel

### 2.1 Innledning

I forbindelse med fødsel utløser arbeidsmiljøloven, folketrygdloven og kollektive avtaler rett til fri og rett til kompensasjon for tapt arbeidsinntekt. Noen av disse rettighetene er kjønnsbestemte, det vil si at det er permisjonsrettigheter forbeholdt det ene kjønn. Dette kapittelet inneholder en oversikt over tids – og pengerettighetene. For helhetens skyld og

for å vise at store deler av foreldrepermisjonen kan deles i større grad enn det den i realiteten blir i dag, har jeg også tatt med fars rettigheter.

## 2.2 Arbeidsmiljøloven og rett til permisjon

Arbeidsmiljøloven kapittel 12 regulerer arbeidstakers rett til fri/permisjon fra arbeidet.

### 2.2.1 Hva permisjon innebærer

Permisjon innebærer en midlertidig avbrytelse av partenes rettigheter og plikter i et arbeidsforhold. Etter permisjonstidens utløp er arbeidstaker så vel berettiget som forpliktet til å gjenoppta arbeidet på de vilkår som følger av arbeidsavtalen.

### 2.2.2 Svangerskapspermisjon

Etter § 12-2 har en arbeidstaker som er gravid rett til permisjon i inntil tolv uker under svangerskapet. Retten til permisjon gjelder tiden før fødselen og er kombinert med rett til stønad etter folketrygdloven. Permisjon under svangerskapet frivillig.

### 2.2.3 Fødselspermisjon

I motsetning til den frivillige svangerskapspermisjonen, er fødselspermisjonen etter arbeidsmiljølovens § 12-4 obligatorisk. Betegnelsen fødselspermisjon knyttes til kvinnenens plikt til seks ukers permisjon etter en fødsel, jf. Folketrygdloven § 14-10.

### 2.2.4 Foreldrepermisjon

I § 12-5 nr. 1, 1.punktum har foreldrene rett til permisjon etter reglene i denne paragrafen og § 12-2 og § 12-4 i til sammen tolv måneder. Utgangspunktet for beregningen er den permisjon som moren har tatt ut under graviditeten, pluss de obligatoriske seks ukers fødselspermisjon. Til denne permisjonstiden kan det legges til det antall uker som til sammen gir ett år. De siste ukene kan fordeles mellom moren og faren.

I tillegg til rett til totalt ett års betalt foreldrepermisjon, gir Arbeidsmiljøloven § 12-5 nr. 2 hver av foreldrene rett til 12 måneders permisjon som etter folketrygdloven er ubetalt.

Bestemmelsen gir foreldrene en utvidet permisjonsrett med inntil ett år hver, det vil si at sammen med permisjonsretten i første ledd så vil foreldrene ha mulighet til å være hjemme med barnet i de tre første leveårene.

#### 2.2.5 Delvis permisjon

Etter § 12-6 kan permisjon etter §§ 12-2, 12-4 og 12-5 første ledd tas ut som delvis permisjon innenfor en tidsramme på tre år. Bestemmelsen om delvis permisjon innebærer en tidskontoordning hvor retten til permisjon er knyttet sammen med rett til ytelser fra folketrygden.

#### 2.2.6 Omsorgspermisjon og fedrekvote

Etter § 12-3 nr. 1 har faren rett til to ukers permisjon for å bistå moren i forbindelse med fødselen. Disse to ukene skal ikke regnes med ved beregningen av foreldrepermisjonen.<sup>14</sup> Bestemmelsen fastsetter som vilkår at faren bor sammen med moren til barnet.

Folketrygdlovens § 14-9, 5.ledd, jf § 14-12 fastsetter at seks uker av perioden med foreldrepenger er forbeholdt faren som fedrekvote.

### 2.3 Folketrygdloven og rett på pengeytelser

Kapittel 14 i folketrygdloven regulerer ytelser ved svangerskap, fødsel og adopsjon. Kapitlet regulerer to løpende korttidssytelser til dekning av livsopphold – svangerskapsenger og foreldrepenger. Betegnelsen foreldrepenger omfatter de to tidligere stønadsformene fødselsenger og adopsjonssenger.

#### 2.3.1 Svangerskapsenger

En arbeidstaker har rett til svangerskapsenger dersom hun etter bestemmelser i lov eller forskrift blir pålagt å slutte i sitt arbeid fordi hun er gravid, og det ikke er mulig å

---

<sup>14</sup> Arbeidsmiljøloven § 12-5 nr. 1

omklassere henne til annet høvelig arbeid i bedriften.<sup>15</sup> Det ytes ikke svangerskapspenger for den del av inntekten som overstiger seks ganger grunnbeløpet.<sup>16</sup>

Svangerskapskapsenger ytes fra det tidspunktet medlemmet må slutte i arbeidet, og frem til tre uker før fødselen. Etter dette ytes det foreldrepenger etter bestemmelsene i §§ 14-5 til 14-16.<sup>17</sup>

## 2.3.2 Foreldrepenger

### 2.3.2.1 Utgangspunkt

Foreldrepenger kan ytes til barnets mor og far ved fødsel og ved adopsjon av barn under 15 år.<sup>18</sup>

### 2.3.2.2 Opptjening av rett til foreldrepenger

Retten til foreldrepenger opptjenes gjennom yrkesaktivitet.<sup>19</sup> 20 Vilkåret for både mor og far er yrkesaktivitet med pensjonsgivende inntekt i minst seks av de siste ti månedene før den enkeltes stønadperiode tar til. Begge foreldrene har rett til foreldrepenger basert på egen opptjening.<sup>21</sup> Den pensjonsgivende inntekten må på årsbasis svare til minst halvparten av grunnbeløpet.

---

<sup>15</sup> Folketrygdloven § 14-4, 1.ledd

<sup>16</sup> Folketrygdloven § 14-4, 5.ledd

<sup>17</sup> Folketrygdloven § 14-4, 4.ledd

<sup>18</sup> Folketrygdloven § 14-6, 1.ledd

<sup>19</sup> Folketrygdloven § 14-6, 1.ledd

<sup>20</sup> Unntak se Folketrygdloven § 14-6, 3. og 4.ledd

<sup>21</sup> Kjønnstad, 2007 s. 657

### 2.3.2.3 Beregning av foreldrepenger

Beregning av foreldrepenger reguleres i § 14-7. Foreldrepenger til hver av foreldrene beregnes på grunnlag av vedkommendes inntekt etter de samme reglene som for sykepenge fra trygden. Det ytes ikke foreldrepenger for den del av inntekten som overstiger seks ganger grunnbeløpet. Fra 1.mai 2007 er folketrygdens grunnbeløp (G) 66 812 kroner. En årsinntekt på 6 G utgjør da 400 872. En arbeidstaker med inntekt lik eller under dette beløp, vil altså motta foreldrepenger som svarer til hennes eller hans vanlige lønn.

### 2.3.2.4 Stønadsperioden for foreldrepenger

§ 14-9 regulerer lengden på stønadsperioden for foreldrepenger. Ved fødsel er stønadsperioden 220 stønadsdager (44 uker) med full sats eller 270 stønadsdager (54 uker) med redusert sats. Stønadsperioden etter fødselen er 205 stønadsdager (41 uker) med full sats eller 225 stønadsdager (51 uker) med redusert sats. Ved adopsjon er stønadsperioden tre uker kortere ved full sats. (Full sats tilsvarer 100 prosent av beregningsgrunnlaget, redusert sats tilsvarer 80 prosent av beregningslaget)

Stønadsperioden kan deles mellom foreldrene når begge fyller vilkårene for rett til foreldrepenger etter § 14-6. Unntatt for deling er de siste 15 stønadsdagene (3 uker) før

fødsel og de første 30 stønadsdagene (6 ukene) etter fødselen, som er den delen av stønadsperioden som er forbeholdt moren ved fødsel. Unntatt fra deling er også 6 uker som er forbeholdt faren (fedrekvoten), jf. § 14-12.

### 2.3.3 Fedrekvote

Vilkårene for uttak av fedrekvoten er regulert i § 14-12. Dersom morens yrkesaktivitet i opptjeningstiden har svart til minst halv stilling og faren fyller vilkårene for rett til foreldrepenger, er 30 stønadsdager (6 uker) av stønadsperioden forbeholdt faren (fedrekvoten). Faren kan etter bestemmelsen ta ut fedrekvote selv om mor er hjemme samtidig. Andre ledd andre punktum åpner for at fedrekvoten kan tas ut samtidig med at mor tar ut graderte foreldrepenger med inntil 50 prosent.

### 2.3.4 Farens uttak av foreldrepenger

Etter første ledd i § 14-13 oppstilles vilkår for fars rett til uttak av foreldrepenger. De lovoppstilte vilkårene, i fem alternative bokstaver, er at mor etter fødselen eller omsorgsovertakelsen går ut i arbeid, tar offentlig godkjent utdanning eller på grunn av sykdom eller skade er helt avhengige av hjelp til å ta seg av barnet. Andre ledd regulerer beregningen av fars foreldrepenger når mor arbeider deltid etter fødsel eller omsorgsovertakelse. Tredje ledd regulerer situasjonen der begge foreldre tar ut graderte foreldrepenger samtidig.

## 2.4 Kollektive avtaler

Mange arbeidstakere har tariff- eller arbeidsavtale som sikrer at det utbetales full lønn i stønadsperioden ved fødsel eller adopsjon, også for inntekter som overstiger 6G. Folketrygdens begrensning til 6G får da bare betydning for arbeidsgiverens rett til refusjon fra folketrygden.<sup>22</sup> I for eksempel 8.3.1 i Hovedtariffavtalen KS<sup>23</sup> har arbeidstakere ”..rett til full lønn under permisjon ved svangerskap, fødsel og adopsjon” når ”vedkommende har

---

<sup>22</sup> Jakhelln, Kommentartutg, 2006, s. 660

<sup>23</sup> Tariffperioden 01.05.2006-30.04.2008

tiltrådt stillingen”. For å få rett til full lønn gjelder de samme kravene til opptjeningsstid som er stilt i folketrygdloven § 14-6.

I de to neste kapitlene tar jeg for meg det rettslige grunnlaget for kvinners rett til ikke å bli diskriminert etter nasjonal lovgivning og etter internasjonale forpliktelser.

### **3 Kvinnens rett til ikke å bli diskriminert. Nasjonale bestemmelser**

#### **3.1 Grunnloven**

Selv om forbudet mot diskriminering er et av de sentrale menneskerettsprinsippene, er forbudet ikke kommet eksplisitt til uttrykk i Grunnloven.<sup>24 25</sup> Kjernen i prinsippet er at ethvert menneske har rett til å bli vurdert som et individ, ikke som en gruppe.<sup>26</sup>

#### **3.2 Likestillingsloven og likelønn**

##### **3.2.1 Likebehandling av kjønn og arbeidsmiljøloven**

Det arbeidsrettslige likebehandlingsprinsippet er regulert i arbeidsmiljølovens kapittel 13. Likebehandlingsprinsippet innebærer at det ikke skal finne sted noen forskjellsbehandling med mindre det finnes saklige objektive faktorer som kan begrunne dette.

Forskjellsbehandling på grunn av kjønn er tatt ut i egen lov og reguleres derfor av lov 9.juni nr. 45 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven).

---

<sup>24</sup> Borgerud, 2007, s 192

<sup>25</sup> Grunnloven § 110 og § 110 litra c

<sup>26</sup> Strand Blaker, 2006



### 3.2.2 Likebehandling av kjønn og arbeidsgivers styringsrett

Styringsretten kan defineres som arbeidsgivers rett til å lede, fordele og kontrollere arbeidet, samt retten til å inngå arbeidsavtaler og bringe dem til opphør. Arbeidsgiver har i utgangspunktet en ensidig bestemmelsesrett, men denne begrenses av de skranker som trekkes opp av lovgivning, tariffavtaler, individuelle avtaler, mer allmenne saklighetsnormer mv. Rettslig sett har styringsretten en derfor karakter av en restkompetanse.<sup>27</sup> Forbud mot kjønnsdiskriminering griper således inn i arbeidsgivers styringsrett og legger begrensninger på hvilke disposisjoner han kan foreta.

### 3.2.3 Lovens formål og virkeområde

Likestillingslovens formål er ifølge § 1 å fremme likestilling mellom kjønnene og tar særlig sikte på å bedre kvinners stilling. Kvinner og menn skal gis like muligheter til utdanning, arbeid og kulturell og faglig utvikling.

Loven forbyr forskjellsbehandling av kvinner og menn på alle områder i samfunnet.<sup>28</sup> På arbeidsrettens område betyr dette at alle aktører i arbeidslivet er forpliktet etter loven. Videre gjelder den alle sektorer, stillinger, yrker osv. Lovens skiller således ikke mellom privat og offentlig sektor. Etter ordlyden skilles det heller ikke mellom ansettelsesforhold og selvstendig næringsdrivende.<sup>29</sup> Arbeidslivets område er i stor grad styrt av tariffavtaler og likestillingsloven representerer derfor en begrensning på den kollektive avtalefriheten.

---

<sup>27</sup> Jakhelln, 2006 s. 24

<sup>28</sup> Med unntak for indre forhold i trossamfunn, se lovens § 2

<sup>29</sup> Vigerust, Likestillingsloven og Norges internasjonale forpliktelser, 2003 s. 77

### 3.2.4 Likelønnsprinsippet

Likelønnsprinsippet er hjemlet i likestillingslovens § 5. Likelønn betyr nødvendigvis ikke at lønnen skal være lik i kroner og øre, men at den skal fastsettes på samme måte etter kjønnsnøytrale kriterier. Dette vil si at normene for fastsettelse av lønn ikke skal være direkte eller indirekte diskriminerende i strid med § 3. Likelønnsprinsippet følger også direkte av det generelle forbudet mot kjønnsdiskriminering i likestillingsloven § 3, men § 5 har selvstendig betydning ved siden av generalklausulen fordi bestemmelsen om likelønn gir en nærmere presisering av hvordan forbudet mot forskjellsbehandling skal forstås. Videre kan § 3 supplere likelønnsbestemmelsen i saker som ikke omfattes av § 5.<sup>30</sup>

Sammenligningene skal skje innenfor samme virksomhet, men uavhengig av om arbeidene tilhører ulike fag eller om lønnen reguleres i ulike tariffavtaler.<sup>31</sup>

### 3.2.5 Likestillingslovens generalklausul om forskjellsbehandling

#### 3.2.5.1 Begrepene ”forskjellsbehandling” og ”diskriminering”

Likestillingsloven bruker begrepet ”forskjellsbehandling” og ikke ”diskriminering”. I forarbeidene<sup>32</sup> legger departementet til grunn at disse uttrykkene i dagligtale og i rettslige sammenhenger gjerne anvendes om hverandre uten at en sontring tillegges rettslig betydning.

---

<sup>30</sup> Ot.prp.nr.77(2000-2001) s. 55

<sup>31</sup> Likestillingsloven § 5.1 og 2.ledd

<sup>32</sup> Ot.prp.nr.77(2000-2001) s 28

### 3.2.5.2 Generalklausulen

Likelønnsbestemmelsen blir som tidligere nevnt utfylt av generalklausulen i likestillingsloven. Etter denne er verken direkte eller indirekte forskjellsbehandling på grunn av kjønn tillatt, jf. Likestillingsloven § 3 første ledd. Bestemmelsens andre og tredje ledd definerer nærmere hva som ligger i begrepene direkte og indirekte forskjellsbehandling. Fjerde ledd inneholder en unntaksadgang fra indirekte diskriminering.

### 3.2.5.3 Vilkår for å stadfeste forskjellsbehandling

For at en person skal kunne anses for å ha blitt diskriminert enten direkte eller indirekte, må tre vilkår være oppfylt.

#### 3.2.5.3.1 Årsakssammenheng

For det første må det foreligge årsakssammenheng mellom kjønnsdiskrimineringen og den dårlige behandlingen vedkommende person har blitt utsatt for. Det er den faktiske bakenforliggende årsaken til hvorfor personen har havnet i den svekkede posisjonen som er avgjørende, ikke hva for eksempel arbeidsgiver hevder har vært grunnen.<sup>33</sup> Det foreligger heller ikke noe krav om diskriminerende hensikt.<sup>34</sup> Ved at det ikke foreligger noe krav om diskriminerende hensikt, blir den bevismessige situasjonen enklere, noe som gjør at reglene på området blir mer effektive.

Det er ikke nødvendig med en aktiv ”handling”<sup>35</sup> for at kravet til årsakssammenheng skal være oppfylt. Også unnlaterse<sup>36</sup> vil kunne innebære direkte og indirekte diskriminering.

---

<sup>33</sup> Blaker Strand s 11

<sup>34</sup> Vigerust 1998 s. 56

<sup>35</sup> Likestillingsloven § 3 som taler om ”handlinger” som er diskriminerende

Begrepet ”handling” omfatter bl.a. arbeidsgiversgivers -, forvaltningsorganers<sup>37</sup> - og fagforeningers handlinger. Ombudet<sup>38</sup> og nemnda<sup>39</sup> kan også uttale seg om hvorvidt andre lover er i samsvar med likestillingsloven.<sup>40</sup> I sammenheng med sak 9a/2006 om forholdet mellom likestillingsloven § 3 og forbudet mot eggdonasjon i bioteknologiloven § 2-18, kom nemnda i sak 9b/2006 med en uttalelse om nemndas saklige virkeområde. Spørsmålet var om ombudet og nemnda har rett til å gi en uttalelse om en lov er i strid med likestillingsloven/ diskrimineringslovene ombudet og nemnda er satt til å håndheve. Dette var første gang spørsmålet kom opp etter at diskrimineringsombudsloven trådte i kraft.<sup>41</sup> Nemnda kom til, etter å ha hatt korrespondanse med Lovavdelingen i Justisdepartementet, at både ombudet og nemnda har rett til å komme med uttalelser der de hevder at det foreligger motstrid mellom likestillingsloven/ diskrimineringslovene og annen lov. Organene kan komme med en ikke-bindende-uttalelse<sup>42</sup> der konsekvenser i forhold til likestillings- og diskrimineringsmål blir påpekt. Det ble av Nemnda påpekt at denne muligheten er vesentlig for å oppfylle den plikt, som følger av nasjonal og internasjonal lovgivning, til å være pådriver på feltet.

#### 3.2.5.3.2 Dårligere stilling

Forskjellsbehandling i likestillingens forstand forutsetter videre at kvinnens stilling svekkes, jf. ordlyden ”dårligere stilling” i § 3,2.ledd nr. 2 og ”stilles dårligere” i § 3,3.ledd.

---

<sup>36</sup> Likestillings- og diskrimineringsnemnda sak nr. 15/2007 ”pr.capita-avtale”-saken

<sup>37</sup> Vigerust 1998 s 200/ Ot.prp.nr34(2004-2005) s.65 og 66 (diskrimineringsombudsloven § 9 og uttaleretten)

<sup>38</sup> Fra 1.januar 2006 kalt Likestillings- og diskrimineringsombudet ( diskrimineringsombudsloven)

<sup>39</sup> Fra 1.januar 2006 kalt Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)

<sup>40</sup> Vigerust s 202, samt LDN 9b/2006

<sup>41</sup> Lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda av 10.juni Nr. 40 2005. I kraft 1.januar 2006

<sup>42</sup> Diskrimineringsombudsloven § 1, jf. §§ 7 og 9

Likestillingshensynet og hensynet til kvinners stilling på arbeidsmarkedet taler for en vid tolkning av dette begrepet. I forarbeidene uttales det at uttrykket stilling ikke er presist, men at det er ment å omfatte de forhold som har en nokså konkret og direkte betydning for personer, det vil si for personenes rettsstilling i vid forstand.<sup>43</sup> Ikke bare svekkelse av kvinnens rettslige stilling omfattes av loven, men også andre forhold som innebærer en reelt svekket stilling.

For å kunne slå fast om diskriminering har funnet sted, må det foretas en sammenligning mellom situasjonen til personen som mener seg diskriminert, og situasjonen til andre personer. I sammenheng med denne vurderingen stilles det ikke krav om en sammenligningsperson<sup>44</sup> for at det skal kunne konstateres direkte diskriminering. Det foretas derfor en hypotetisk sammenligning.

I vurderingen av om det har forekommet indirekte diskriminering på grunn av kjønn, har det i en del tilfeller vært nødvendig for personen som mener seg diskriminert å identifisere en gruppe som vedkommende kan sammenlignes med. Men etter dagens ordlyd er det tilstrekkelig at en person av det ene kjønn stilles ”dårligere” enn en av det annet kjønn for at indirekte diskriminering skal foreligge.<sup>45</sup>

Handlingens egnethet vil også være relevant å ta i betraktning.<sup>46</sup> Lovens funksjon er ikke bare å sikre rettsstillingen til kvinner i enkeltsaker, men også å fremme likestillingshensynet og kvinners stilling mer prinsipielt. Målsettingen må dermed være å eliminere handlinger som er egnet til å svekke kvinners stilling, uavhengig av om de faktisk

---

<sup>43</sup> Ot.prp. nr. 33 (1974-75) s. 26

<sup>44</sup> Ot.prp.nr. 77(2000-2001) s. 39

<sup>45</sup> Blaker s. 12

<sup>46</sup> Ot.prp.nr.77 (2000-2001) s. 27

har resultert i ulemper i hver konkrete sak. Dette kan ha betydning i enkeltsaker.<sup>47</sup> Ved å ta handlingens egnethet i betraktning vil både oppståtte og mulige virkninger av handlingen være relevant å ta i betraktning.

### 3.2.5.3.3 Direkte og indirekte forskjellsbehandling

Det tredje vilkåret som må være oppfylt for at diskriminering skal foreligge, er at det aktuelle tilfellet ikke er tillatt direkte eller indirekte forskjellsbehandling.

#### 3.2.5.3.3.1 Direkte diskriminering

Direkte diskriminering vil si at en person som følge av sitt kjønn behandles dårligere enn en det en annen person blir, er blitt eller ville blitt i en tilsvarende situasjon.<sup>48</sup> Hensikten med forbudet mot direkte diskriminering er å sikre formell likhet mellom individene.<sup>49</sup>

Definisjonen på direkte diskriminering følger av § 3, 2.ledd. § 3,2.ledd nr. 2 inneholder et absolutt forbud mot såkalt graviditetsdiskriminering.

Når en handling kan defineres som direkte forskjellsbehandling, betyr det at det er et absolutt forbud mot dette. Forbudet er ikke betinget av en interesseavveining der det kan legges vekt på eventuelle ulemper, kostnader mv. knyttet til likebehandlingen.<sup>50</sup> Det er kun

---

<sup>47</sup> Ot.prp.nr.77(2000-2001) s. 27

<sup>48</sup> Likestillingsloven § 3,2.ledd nr. 1

<sup>49</sup> Blaker, 2006 s 9

<sup>50</sup> Ot.prp.nr.77 (2000-2001) s 121

adgang til forskjellsbehandling så langt dette følger av unntaksadgangen etter § 3a og ulovfestede saklighetsprinsipper.<sup>51</sup>

Det er for det første et absolutt forbud mot forskjellsbehandling for utnyttelse av permisjonsrettigheter som er forbeholdt det ene kjønn.<sup>52</sup> For kvinner er dette de tre siste ukene før fødsel og de seks første ukene etter.<sup>53</sup>

Forskjellsbehandling på grunn av graviditet og fødsel er også direkte forskjellsbehandling. Omklassering under graviditeten på grunn av farlig arbeidsmiljø, fri ved svangerskapskontroll, svangerskapspermisjon (permisjon før fødsel), ammefri mv. er eksempler på andre forhold som utelukkende gjelder kvinner fordi de er direkte knyttet til graviditet og fødsel.<sup>54</sup>

#### 3.2.5.3.3.2 Indirekte diskriminering

Med indirekte diskriminering menes ”enhver tilsynelatende kjønnsnøytral handling som faktisk virker slik at det ene kjønn stilles dårligere enn det annet”.<sup>55</sup> Det er tale om indirekte diskriminering hvis det er lagt til grunn en formelt kjønnsnøytral betingelse som får ulik virkning for kvinner og menn, det vil si et reelt kjønns spesifikt kriterium. Et eksempel er fradrag for omsorgspermisjon ved beregning av lønnsansiennitet. Så lenge langt flere kvinnelige enn mannlige arbeidstakere tar omsorgspermisjon vil dette bety at kvinner risikerer lavere lønn enn menn.<sup>56</sup>

---

<sup>51</sup> Ot.prp.nr.77(2000-2001) pkt. 6.6.2 s. 37

<sup>52</sup> Likestillingsloven § 3, 2.ledd, nr. 2

<sup>53</sup> Arbeidsmiljøloven § 12-4

<sup>54</sup> Ot.prp.nr.77(2000-2001) s. 121

<sup>55</sup> Likestillingsloven § 3, 3.ledd

<sup>56</sup> Ot.prp.nr.77(2000-2001) s. 29

Er forskjellsbehandlingen begrunnet direkte i graviditeten eller i permisjonsrettigheter forbeholdt det ene kjønn, skal som sagt forbudet være absolutt. Men forbudet mot direkte forskjellsbehandling skal imidlertid også tas i betraktning i relasjon til forskjellsbehandling på grunn av fødselspermisjon av lengre varighet, fravær på grunn av barnets eller barnepassers sykdom og lignende – det vil si forskjellsbehandling på grunn av omsorgsansvar/- oppgaver. Disse tilfellene skal imidlertid regnes som indirekte forskjellsbehandling etter tredje ledd, og er derfor betinget av en interesseavveining.<sup>57</sup>

#### 3.2.5.3.3.3 Forskjellsbehandling i ”særlige tilfeller”

Hovedregelen er at indirekte forskjellsbehandling er forbudt, men det er imidlertid oppstilt et unntak for dette i § 3, fjerde ledd. I ”særlige tilfeller” er indirekte forskjellsbehandling tillat dersom handlingen har et saklig formål uavhengig av kjønn, og det middel som er valgt er egnet, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende i forhold til formålet.<sup>58</sup>

Det at handlingen skal ha et saklig formål er et minstekrav etter § 3, fjerde ledd. Kravet om saklighet betyr først og fremst at begrunnelsen skal bygge på reelle behov og en konkret vurdering av eventuelle ulemper, kostnader osv. som likebehandlingen vil innebære. Disse skal bygge på en objektiv vurdering; det vil si at vurderingen av om formålet er saklig kan og skal overprøves ved en eventuell etterfølgende tvist.<sup>59</sup>

For at indirekte forskjellsbehandling skal tillates må det være tale om fravær eller ulemper over en lengre periode og det må foreligge svært tungveieende grunner for at begrunnelsen for å forskjellsbehandle kan aksepteres, jf. kravene til saklig formål i § 3, fjerde ledd. Det

---

<sup>57</sup> Ot.prp.nr.77 (2000-2001) s 122

<sup>58</sup> Definisjon på indirekte diskriminering er utledet fra EF-domstolens sak 170/84, Bilka-saken

<sup>59</sup> Ot.prp.nr.77(2000-2001) s 123



skal legges stor vekt på hensynet til likestilling i interesseavveiningen og unntaksadgangen skal kun gjelde i særlige tilfeller.<sup>60</sup>

I forarbeidene er det forutsatt at håndhevingsorganene i sin praksis utvikler de krav som stilles til begrunnelsen for handlingen.<sup>61</sup> Det understrekes likevel at vernet mot graviditetsdiskriminering skal være særlig strengt innen arbeidsliv fordi forskjellsbehandling på disse områdene kan true viktige rettigheter for kvinner.<sup>62</sup>

### 3.2.6 Krav om saklighet i offentlig sektor

I offentlig sektor gjelder det et generelt krav om saklighet ved forvaltningsvedtak. Det vil være usaklig, og dermed ulovlig, å legge vekt på kjønn, etnisk opprinnelse, funksjonshemming mv., både ved ansettelser, oppsigelser og andre enkeltvedtak som treffes i tilknytning til arbeidsforhold innen det offentlige. I offentlig sektor vil det generelle forvaltningsrettslige saklighetskravet og diskrimineringsforbudet supplere hverandre og bidra til å styrke vernet mot diskriminering.<sup>63</sup>

Diskrimineringslovgivningen har særlig betydning i forhold til det ulovfestede saklighetskravet i forvaltningen, bl.a. fordi det foreligger en særlig håndhevingsadgang, jf. Diskrimineringsombudsloven § 9.

### 3.2.7 Delt bevisbyrde

---

<sup>60</sup> Ot.prp.nr.77 (2000-2001) s 123

<sup>61</sup> Ot.prp.nr.77 (2000-2001) s 38

<sup>62</sup> Ot.prp.nr.77(2000-2001) s 122

<sup>63</sup> NOU 2003:2 pkt. 7.3.1

For å sikre en effektiv håndheving av forbudet mot direkte og indirekte diskriminering er det delt bevisbyrde, jf. § 16.<sup>64</sup>

En regel om delt bevisbyrde omfatter to trinn: Først må klager etablere en presumsjon for diskriminering ved å påvise at det er skjedd en ulik behandling mellom kvinner og menn. Dette innebærer at den som opplever seg forskjellsbehandlet må fremlegge indikasjoner for at det har forekommet ulik behandling i strid med loven. Hvis det etableres en slik presumsjon, går bevisbyrden over på innklagede som må sannsynliggjøre at det ikke har forekommet forskjellsbehandling i strid med loven. Klarer han eller hun ikke dette, skal den ulike behandlingen anses for å være forskjellsbehandling i strid med loven.<sup>65</sup>

## **4 Kvinner rett til ikke å bli diskriminert. Internasjonale forpliktelser.**

### **4.1 Innledning**

Retten til ikke å bli diskriminert er en menneskerettighet som tilkommer enhver. Norge har på ulike vis forpliktet seg internasjonalt til å gjennomføre prinsippet om likelønn samt arbeide mot å oppnå reell likestilling mellom kvinner og menn i arbeidslivet. Norge har bl.a. ratifisert relevante konvensjoner fra ILO, ratifisert og inkorporert kvinnekonvensjonen og bundet seg til likebehandlingsprinsippet gjennom EØS-avtalen.

Når det gjelder betydningen av folkerettslige forpliktelser i norsk rett gjelder det et alminnelig rettskildeprinsipp, kalt presumsjonsprinsippet, som formoder at norsk rett er i

---

<sup>64</sup> Ot.prp.nr. 77(2000-2001) s. 99

<sup>65</sup> Ot.prp.nr.77(2000-2001) s. 100

overensstemmelse med våre folkerettslige forpliktelser. Presumsjonsprinsippet betyr her at man ved tolkning av likestillingsloven skal søke å finne løsninger som ikke er i strid med folkerettslige forpliktelser<sup>66</sup>

Forpliktelser etter EØS-avtalen står i en særstilling når det gjelder forholdet mellom norsk rett og internasjonale forpliktelser. Norge er etter EØS-avtalens art. 3 folkerettslig forpliktet til lojalt å gjennomføre avtalens regler i norsk rett. Gjennom lov av 27.november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) er EØS-avtalen og direktivene gitt i henhold til denne avtalen gjort til norsk rett, jf. lovens § 1. Etter samme lovs § 2 skal bestemmelser som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold.

Kvinnekonvensjonen står også i en særstilling i forhold til andre folkerettslige forpliktelser. I 2005 ble konvensjonen inntatt i likestillingsloven, og gjelder nå gjennom inkorporasjonsbestemmelsen i § 1b som norsk lov.

## 4.2 ILO

ILO, International Labour Organisation, er FNs internasjonale særorganisasjon for arbeidslivet. ILOs konvensjoner og anbefalinger setter minstestandarder for arbeidslivet.

Konvensjonene 100 og 111 er sentrale rettslige dokument i arbeidet for likelønn og likebehandling i arbeidslivet.

---

<sup>66</sup> Eckhoff, 1997 s 297 s 310

Konvensjon 100<sup>67</sup> om lik lønn for mannlige og kvinnelige arbeidere for arbeid av lik verdi ble ratifisert av Norge i 1959. Medlemsstatene blir i artikkel 4 oppfordret til å samarbeide med vedkommende arbeidsgiver – og arbeidstakerorganisasjoner med sikte på å gjennomføre likelønn. Konvensjon 111<sup>68</sup> ble ratifisert av Norge i 1959. Alle land som ratifiserer konvensjonen må ha som grunnleggende målsetting å erklære og følge en nasjonal politikk som tar sikte på å fjerne alle former for forskjellsbehandling ved ansettelse og yrkesutøvelse.

### 4.3 EØS-avtalen og likebehandling

Allerede fra opprettelsen av De europeiske fellesskaper (EF) var det inntatt en egen artikkel i Romatraktaten om likelønn for kvinnelige og mannlige arbeidstakere, artikkel 119. Artikkel 119, nå EF-traktatens artikkel 141, har imidlertid stått sentralt i utviklingen av diskrimineringsvernet innen EU. EF-domstolens praksis har spilt en sentral rolle i dette.

Likebehandlingsprinsippet i forhold til kjønn er i EF-retten hjemlet i direktiv 75/117/EØF (likelønnsdirektivet) samt i direktiv 76/206/EØF (likebehandlingsdirektivet).

Likelønnsdirektivets formål er å virkeliggjøre likebehandlingsprinsippet ved å sikre lik lønn for kvinner og menn for samme arbeid eller arbeid av samme verdi.<sup>69</sup>

Likebehandlingsdirektivets formål er å virkeliggjøre prinsippet om likebehandling av menn og kvinner i medlemslandene når det gjelder adgangen til arbeid, yrkesutdannelse og forfremmelse, og når det gjelder arbeidsvilkår.<sup>70</sup>

---

<sup>67</sup> ILO-convention no. 100 convention concerning equal remuneration in employment and occupation (1951)

<sup>68</sup> C111 Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958

<sup>69</sup> Likelønnsdirektivets forale fjerde ledd

<sup>70</sup> Likebehandlingsdirektivet art.1

Direktivene er en del av norsk rett via EØS-loven art.69 og 70. Direktivene er gjennomført i norsk lov i likestillingsloven, og skal i tilfelle konflikt gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold, jf. EØS-loven § 1 og 2.

#### 4.3.1 Særlig om likelønnsdirektivet

Likelønnsprinsippet er nedfelt i EØS-avtalen artikkel 69. Bestemmelsen springer ut av Romatraktaten artikkel 119 som er videreført i Amsterdamtraktaten artikkel 141. Innholdet av prinsippet om lik lønn mellom kvinner og menn er presisert i EF-domstolens praksis og i likelønnsdirektivet.

EØS-avtalen artikkel 69 skal fortolkes tilsvarende, til tross for at den etter sin ordlyd kun omfatter samme arbeid. EF-domstolens praksis omkring Romatraktaten artikkel 119 og likelønnsdirektivet er viktige tolkningsmomenter i forhold til EØS-avtalens likelønnsprinsipp. Praksis omkring traktatens artikkel 141 må antakeligvis også tillegges betydelig vekt.<sup>71</sup>

Til tross for ordlyden i disse bestemmelsene, er det ut fra EF-domstolens praksis sikker rett at likelønnsprinsippet gjelder både direkte og indirekte diskriminering.<sup>72</sup>

#### 4.3.2 Nytt rammedirektiv

Tidligere direktiver som omfattet likestilling mellom kvinner og menn er nå samlet i et nytt likestillingsdirektiv fra 2006: Direktiv 2006/54/EF. Om gjennomføring av prinsippet om

---

<sup>71</sup> Ot.prp.nr.77 (2000-2001) s 57

<sup>72</sup> Vigerust, 2003 s 121

likebehandling av kvinner og menn i forbindelse med sysselsetting og erverv. Både direktiv 75/117/EØF og 76/207/EØF inngår i dette rammedirektivet.

Det nye direktivet vil bli tatt inn i EØS avtalen i løpet av 2008.<sup>73</sup> Hensikten er å bidra til juridisk klarhet og forutsigbarhet og gjøre regelverket mer tilgjengelig og brukervennlig. Det nye direktivet kodifiserer også utviklingen i rettspraksis fra EF-domstolen. Det nye direktivet innebærer derfor både opprydding og materielle endringer.<sup>74</sup> Direktivet er svært tydelig på hvilke rettigheter kvinner har ved gjeninntreden etter permisjon. Artikkel 15 uttrykker dette slik: ” A woman on maternity leave shall be entitled, after the end of her period of maternity leave, to return to her job or to an equivalent post on terms and conditions which are no less favourable to her and to benefit from any improvement in working conditions to which she would have been entitled during her absence”.

#### 4.3.3 Norges lange lønnede fødselspermisjoner og EØS-avtalen

Sammenlignet med mange av EU-landene har arbeidstakere i Norge rett til relativt lange lønnede fødselspermisjoner som kan deles mellom foreldrene. EF-domstolens prinsipper kan ikke uten videre overføres til norske forhold<sup>75</sup>, og dette kan skape problemer ved implementeringen av EØS-rettslige krav i forhold til graviditetsdiskrimineringen.

EF-domstolen synes å knytte graviditetsrelatert fravær kun til kvinner. Domstolen legger imidlertid til grunn en ”beskyttet periode” som gjelder under graviditeten og fram til fødselspermisjonens utløp. Samtidig har domstolen avvist at forskjellsbehandling begrunnet i omsorgspermisjon er direkte forskjellsbehandling i likebehandlingsdirektivets

---

<sup>73</sup> Tidligere direktiver som nå er samlet: likebehandlingsdirektivet (76/207/EØF); likelønndirektivet (75/117/EØF; direktivet om yrkesbaserte trygdeordninger (86/378/EØF); bevisbyrdedirektivet (97/80/EF) og alle andre endringsdirektiv

<sup>74</sup> NOU 2008:6 s.113-114

<sup>75</sup> EF-domstolens praksis relaterer seg til arbeidslivet

forstand. Domstolen ser ut til å legge opp til at det dreier seg om den delen av permisjonen som direkte er knyttet til beskyttelsen av morens og barnets helse, og det særlige forholdet mellom mor og barn etter fødselen. Hvor lang denne beskyttede perioden ellers skal være, er uklart og domstolen synes å gi statene en viss margin her.<sup>76</sup>

#### 4.4 Kvinnekonvensjonen

FNs kvinnekonvensjon<sup>77</sup> ble vedtatt av FNs generalforsamling 18.desember 1979, og trådte i kraft 1981. Norge ratifiserte konvensjonen 21.mai 1981. Konvensjonen ble gjort til norsk lov i 2005, ved endring i likestillingsloven.

Målsettingen med konvensjonen er å oppnå faktisk likestilling. Konvensjonen både direkte og indirekte forskjellsbehandling. Konvensjonen gjelder på alle samfunnsområder, herunder arbeidslivet. Etter artikkel 11 (1) er staten forpliktet til å sikre retten til lik lønn, ytelser inkludert, og lik behandling for arbeid av lik verdi, så vel som lik behandling når kvaliteten på arbeidet skal vurderes.

#### 4.5 Folkerettslige forpliktelser utgjør minimumskrav

Norge har gjennom folkerettslige avtaler forpliktet seg til å legge forholdene til rette for at kvinnelige arbeidstakere ikke skal bli diskriminert i arbeidslivet på grunn av fravær i forbindelse med fødsel. De folkerettslige forpliktelsene angir imidlertid bare minimumskrav til norsk rett. Det EF-rettslige beskyttelsesnivå skal således ikke legges til grunn hvis dette fører til en svekkelse av beskyttelsesnivået i norsk rett. Norge står derfor fritt til å stille strengere krav til arbeidsgiver og arbeidsmarkedet.

---

<sup>76</sup> Ot.prp.nr 77 (2000-2001) s 38

<sup>77</sup> Convention on the Elimination of All Forms of Diskrimination against Woman

I det neste kapittelet skal vise hvordan likelønnsprinsippet, herunder diskrimineringsforbudet, blir ivaretatt i den kollektive avtaleretten. Jeg belyser også hvordan partene selv i praksis er satt til å ivareta likelønnsprinsippet, noe som lett kan føre til at partene lar avtalefriheten gå foran.

## **5 Kollektiv avtalefrihet og retten til likelønn**

### **5.1 Innledning**

Store deler av arbeidsmarkedet er regulert av kollektive avtaler. Den kollektive avtaleretten er preget av avtalefrihet noe som preger prosessen og håndhevingen av avtalene. Sluttresultatet i forhandlinger er ofte en følge av lange diskusjoner og tautrekking der partene må ta og gi.

Likelønnsprinsippet (§ 5) som springer ut av ikke-diskrimineringsprinsippet (§ 3), setter en skranke for den kollektive avtalefriheten. Dette er lagt til grunn i flere av EF-domstolens avgjørelser.<sup>78</sup>

Likelønnsprinsippet skal gjennomføres både kollektivt og individuelt og jeg skal i dette kapittelet vise hvilke mekanismer som vanskeliggjør dette.

---

<sup>78</sup> ARD 1990 s 148, jf også EF-domstolen i blant annet sak C-84/89, Nimz sak C-33/89, Kowalska Sak C- 127/92, Enderby Sak C- 400/93 Royal Copenhagen



## 5.2 Pliktobjekter etter likestillingsloven

Likestillingslovens diskrimineringsforbud<sup>79</sup> er ufravikelig og gjelder for alle områder<sup>80</sup>, også for arbeidslivets aktører. Tariffavtalepartene, inkludert arbeidsgiver- eller arbeidstakerorganisasjoner, er derfor pliktsubjekt overfor en arbeidstaker som får ulik lønn i strid med loven. Likestillingslovens likelønnsprinsipp retter seg først og fremst mot individuelle ansettelsesforhold, det vil si forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker og pliktsubjektet blir derfor i disse tilfellene arbeidsgiver.

## 5.3 Den kollektive avtalefrihet vs. likelønnsprinsippet

Reguleringene av arbeidsmarkedet kan grovt sett deles i den kollektive arbeidsretten som regulerer forholdet mellom organisasjonene på arbeidsmarkedet eller mellom arbeidsgivere og arbeidstakerorganisasjoner, og i den individuelle arbeidsretten som regulerer forholdet mellom arbeidsgivere og arbeidstakere direkte.

Den kollektive avtalefriheten er et bærende prinsipp i avtalesystemet.<sup>81</sup> Med kollektiv avtalefrihet menes retten til å inngå avtaler mellom arbeidstakerorganisasjoner og arbeidsgivere/ arbeidsgiverorganisasjoner. Friheten er et utslag av den kollektive foreningsfriheten og dermed av organisasjonenes adgang til å forhandle og binde seg på vegne av medlemmene.

Avtalefriheten innebærer en rett til å bestemme avtalenes innhold. Det betraktes som fundamentalt at partene skal stå fritt i forhandlingene om lønn og andre vilkår i arbeidslivet. Vektlegging av avtalerettslige prinsipper, partenenes rådighet over egne avtaler

---

<sup>79</sup> Likestillingsloven § 3

<sup>80</sup> Likestillingsloven § 2 og bestemmelsens unntak for indre trossamfunn

<sup>81</sup> Generelt om retten til kollektive forhandlinger, se NOU 2001:14 s. 43-44

og partenes fortolkningsautonomi er utslag av avtalefriheten. Avtalefriheten er i systemet opphøyet på en slik måte at man kan tale om et langt på vei autonomt system med en monopolsituasjon for organisasjonene. Tariffpartene har en eksklusiv rådighet over egne inngåtte avtaler, jf. Kapittel 9 om Arbeidsretten.

Avtalefriheten er i alminnelighet er omfattet av det folkerettslige vern. Den kollektive avtalefrihet er nedfelt i flere menneskerettighetsinstrumenter.<sup>82</sup>

Det er en forutsetning for reell avtalefrihet at forhandlingene ikke er bundet opp av bestemte krav til avtalens innhold.<sup>83</sup> Det er imidlertid ikke tvil om at staten har adgang til å vedta lovgivning som binder avtalepartene, for eksempel lovfesting av diskrimineringsforbud som også gjelder på tariffrettens område.<sup>84</sup>

Sakene Nimz, Kowalska og Enderby viser at det kan være en konflikt mellom diskrimineringsprinsippet på grunn av kjønn og kollektive avtaler.<sup>85</sup> I disse sakene gjorde EF-domstolen det klart at forbudet mot diskriminering, både direkte og indirekte, må gå foran avtalefriheten i kollektive avtaler. I Enderby-saken uttalte generaladvokaten at det er det diskriminerende resultat som skal begrunnes, og at en forklaring av årsakene til forskjellsbehandlingen ikke er tilstrekkelig. I Royal Copenhagen<sup>86</sup> synes imidlertid domstolen å gi forhandlingsfriheten større gjennomslag. Domstolen uttaler at den nasjonale domstol kan ta i betraktning at lønnen er fastsatt av ved kollektive eller lokale forhandlinger ved vurderingen av om ulik lønn skyldes objektive faktorer som ikke

---

<sup>82</sup> Se f.eks. ILO, konvensjon nr. 87 art.3 og konvensjon nr.98 art. 4

<sup>83</sup> Vigerust, Kollektiv avtalefrihet og retten til likelønn 2003 s. 8

<sup>84</sup> Vigerust, Kollektiv avtalefrihet og retten til likelønn 2003 s. 9

<sup>85</sup> Craig, 2002 s. 862

<sup>86</sup> Royal Copenhagen C- 400/93

forskjellsbehandler på grunn av kjønn. Rettsstillingen etter denne dommen må sies å være uklar.<sup>87</sup>

#### 5.4 Lønnsforskjeller i ulike former

Lønnsforskjeller som er et resultat av kollektive forhandlinger vil fremkomme i ulike former. En form er at avtalebestemmelser i seg selv er diskriminerende, for eksempel ansiennitetskriterier eller bestemmelser om faste tillegg. Videre kan det for eksempel være tale om individuell innplassering av arbeidstakere på bestemte lønnstrinn, stillingskoder mv på grunnlag av tariffavtale.

I Danfoss-saken uttalte EF-domstolen at arbeidsgiver må, for å bevise at den førte lønnspolitikken ikke systematisk stiller kvinnelige arbeidstakere dårligere, opplyse hvordan kriteriene for personlige tillegg er anvendt. Arbeidsgiveren må med andre ord gjøre lønnsfastsettelsen gjennomskuelig.<sup>88</sup> Dette innebærer antakelig også et krav om at de kriterier som er lagt til grunn ved lønnsfastsettelsen er brukt på en systematisk og entydig måte.<sup>89</sup>

---

<sup>87</sup> Vigerust, Kollektiv avtalefrihet og retten til likelønn 2003 s 143

<sup>88</sup> C- 109/88 Handels- og Kontorfunktionærenes Forbund i Danmark mot Danfoss

<sup>89</sup> Vigerust, Kollektiv avtalefrihet og retten til likelønn 2003, s 17

## 5.5 Tariffavtaler og retten til på individuelt nivå å ikke bli diskriminert på grunn av kjønn

Likelønnsprinsippet har i tillegg til det kollektive aspektet, et individuelt aspekt.

Likestillingsloven beskytter kun enkeltindivider og er basert på individuelle klager, dette fordi det er individets rett til likelønn som skal gjennomføres. Her vil likelønnsprinsippets krav til måten lønnen fastsettes på stå i fokus. Likestillingslovens likelønnsprinsipp retter seg derfor først og fremst mot individuelle ansettelsesnivå, det vil si forholdet mellom arbeidsgivere og arbeidstaker.

Det kollektive aspektet av likelønnsprinsippet er en følge av gjennomføringen av likelønn på det individuelle nivå. Likelønnsprinsippet griper inn i avtalesystemet ved at det i praksis leder til et krav om at prosedyrer for lønnsfastsettelse må gjennomgås og eventuelt endres om de fører til (systematiske) lønnsforskjeller mellom kvinner og menn.<sup>90</sup>

### 5.5.1 Terskel for å få prøvd en likelønnssak

Det er ikke mulig å reise en likelønnssak på vegne av en gruppe ansatte.<sup>91</sup> Dersom en gruppe arbeidstakere føler seg lønnsdiskriminert, må de finne frem til en arbeidstaker som er villig til å ta den psykiske, praktiske og eventuelt økonomiske belastningen det er å

---

<sup>90</sup> Vigerust, Kollektiv avtalefrihet og retten til likelønn 2003 s 19

<sup>91</sup> Unntak: gruppesøksmål i de alminnelige domstolene, samt nemndas uttalelsesrett etter diskrimineringsombudsloven § 10

fremme en likelønssak.<sup>92</sup> Der er noen eksempler på at slike saker, som i utgangspunktet var av prinsipiell karakter, men som ble reist ved å fremme en individuell klage.<sup>93</sup>

Bakgrunnen for denne begrensningen ligger blant annet i hensynet til forholdet mellom Arbeidsretten og Likestillings- og diskrimineringsnemndas kompetanse i spørsmål om tariffavtaler er i strid med lovens likelønnsbestemmelse.<sup>94</sup>

Vurderingen etter § 5 skjer på et individuelt nivå. Det vil si at sammenlikningen skjer mellom arbeid som utføres av bestemte arbeidstakere, og at uttalelser og avgjørelser fra henholdsvis Ombudet og Nemnda<sup>95</sup>, eventuelt av en alminnelig domstol, bare vil ha direkte virkning for disse arbeidstakerne og ikke for hele yrkesgruppen som tilhører den samme tariffavtalen.<sup>96</sup>

## 5.6 Tariffpartenes egen kontroll av avtalene

Med kontroll av avtaler menes vurderinger av og eventuelt avgjørelser om tariffavtalers forhold til likelønnsprinsippet.<sup>97</sup> Kontrollen har to aspekter: På det individuelle planet er det tale om å sikre den enkelte arbeidstaker sin rett til likelønn samt rettssikkerhet i prosessen når krav blir reist mot arbeidsgiver. På det kollektive planet er det tale om å sikre at tariffavtalene kan bli og faktisk bli vurdert og eventuelt endret eller satt til side hvis de er

---

<sup>92</sup> NOU 2008:6

<sup>93</sup> Eksempler er Klagenemnda for likestilling sak nr. 8/2000 og Likestillings- og diskrimineringsombudets uttalelse av 27.03.2008 ( den såkalte ”Harstad-saken”)

<sup>94</sup> Likestillingsloven § 9

<sup>95</sup> Med unntak av nemndas rett til å gi en begrunnet uttalelse om hvorvidt en tariffavtale eller bestemmelse i tariffavtale er i strid med likestillingsloven, jf. Diskrimineringsombudsloven § 10

<sup>96</sup> Ot.prp.nr.77(2000-2001)

<sup>97</sup> Vigerust, Kollektiv avtalefrihet og retten til likelønn 2003 s 23

i strid med likelønnsprinsippet. Kontrollen med avtalene innebærer i begge tilfeller lovtolkning, nærmere bestemt tolkning og anvendelse av likelønnsprinsippet slik det er nedfelt i likestillingsloven og internasjonale regler.<sup>98</sup>

Som tidligere nevnt har partene en eksklusiv rådighet over avtalene bl.a. fordi de har egen domstol, Arbeidsretten, og at det er partene selv som har søksmålskompetanse.<sup>99</sup> Det er derfor de samme som inngår avtalene som også skal påse at likelønnsprinsippet blir ivare tatt. Vigerust<sup>100</sup> mener at det er tale om en ”strukturell inhabilitet i systemet ved at kontrollen er overlatt til organer eller aktører som mangler den nødvendige distanse til avtalene og systemet. Hun skriver videre at årsaken til svak kontroll kan også ligge utenfor ordningen, for eksempel som er resultat av en lojalitets- og solidaritetskultur i fagbevegelsen som medfører at medlemmene aksepterer de prioriteringer og beslutninger som organisasjonen står bak.

## 5.7 Kontroll av avtalene gjennom håndhevingsorganene

I likestillingsloven § 1a pålegges partene i arbeidslivet en aktivitetsplikt samt redegjørelsesplikt. Bestemmelsen håndheves av ombudet, men bare i forhold til redegjørelsesplikten kan man ta i bruk sanksjoner. Spørsmålet er om denne bestemmelsen slik den er utformet nå har noen hensikt.

---

<sup>98</sup> Vigerust, Kollektiv avtalefrihet og retten til likelønn 2003 s 23

<sup>99</sup> Arbeidstvistloven § 8

<sup>100</sup> Vigerust, Kollektiv avtalefrihet og retten til likelønn 2003 s 23

### 5.7.1 Hva innebærer aktivitetsplikten etter likestillingsloven § 1a

Arbeidsgivere (også offentlige myndigheter der de opptrer som arbeidsgiver) og arbeidslivets organisasjoner har en plikt til å jobbe for likestilling gjennom å ”arbeide aktivt, målrettet og planmessig” for likestilling mellom kjønnene.<sup>101</sup>

I alle sektorer av arbeidslivet har partene inngått avtaler for å fremme likestilling mellom kvinner og menn. I Hovedavtalen § 21 legges det visse føringer; der heter det blant annet at arbeidsgiveren har ansvar for iverksetting og gjennomføring av likestillingstiltak i virksomheten. Denne bestemmelsen stiller også visse minimumskrav til innholdet i de lokale tilpasningsavtalene.

I Hovedavtalene mellom NHO og LO<sup>102</sup>, og mellom NHO og YS<sup>103</sup> er det inngått rammeavtaler om likestilling mellom kvinner og menn i arbeidslivet. Ansvar for likestillingsarbeidet legges i hovedsak på de lokale partene, men hovedorganisasjonene forplikter seg til en viss bistand, blant annet i form av informasjonsvirksomhet.

### 5.7.2 Håndheving og sanksjonering av aktivitetsplikten

Ved lovendring i 2002 ble aktivitetsplikten skjerpet. Dette for å signalisere og øke bevisstheten om betydningen av likestillingsfremmende tiltak.<sup>104</sup> Intensjonen er at loven skal føre til at likestilling prioriteres slik at konkrete tiltak settes i verk.

---

<sup>101</sup> Likestillingsloven § 1a

<sup>102</sup> Hovedavtalen 2006-2009 Del C, Tilleggsavtale II

<sup>103</sup> Hovedavtalen av 2006 Del C, Tilleggsavtale II

<sup>104</sup> Ot.prp.nr.77 (2000-2001) s. 19

Ombudet kan med hjemmel i diskrimineringsombudsloven § 3 ta opp likestillingsspørsmål med de partene som er forpliktet etter loven. Likestillingsombudet vil med denne hjemmelen kunne ta initiativ til å peke på forholdene og vise til plikten til å iverksette tiltak for å rette opp problemet.

Unnlatelse av å etterkomme Ombudet oppfordring vil ikke kunne sanksjoneres. Det vil imidlertid være nær sammenheng mellom aktivitetsplikten og plikten til å redegjøre for likestilling i årsberetninger mv. Plikten til å redegjøre for tilstanden når det gjelder likestilling kan indirekte medvirke til at bestemmelsen følges opp, ved at redegjørelsen kan synliggjøre behov for konkrete tiltak.<sup>105</sup>

### 5.7.3 Redegjørelsesplikt

Etter likestillingsloven § 1a, 3. ledd skal ” virksomheter som i lov er pålagt å utarbeide årsberetning skal i årsberetningen redegjøre for den faktiske tilstanden når det gjelder likestilling i virksomheten”. Det skal også redegjøres for tiltak som er iverksatt og tiltak som planlegges iverksatt for å fremme likestilling og for å forhindre forskjellsbehandling i strid med denne loven”. Offentlige myndigheter har også en tilsvarende redegjørelsesplikt etter § 3, 4.ledd.

Departementet ønsket en slik redegjørelsesplikt for å skape økt og mer systematisk oppmerksomhet på likestilling og kjønnsperspektiv i virksomheten. Det ligger ikke noe krav om tiltak i redegjørelsesplikten, og målet er først og fremst bevisstgjøring.<sup>106</sup>

Av forarbeidene fremgår det at bestemmelsen ikke skal virke byråkratisk og at det ikke skal kreve utarbeiding av ytterligere dokumenter og skjema eller nye rutiner. Det forutsettes en relativt liten ekstra innsats ved utarbeidelsen av årsberetningene.<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup> Ot.prp.nr.77 (2000-2001) s. 20

<sup>106</sup> Ot.prp.nr.77(2000-2001) s 26



#### 5.7.4 Håndheving og sanksjonering av redegjørelsesplikten

Bestemmelsen skal håndheves etter likestillingslovens vanlige system<sup>108</sup> og sanksjoneres etter reglene i diskrimineringsombudsloven.

Ombudet kan etter klage eller på eget initiativ kontrollere at årsberetningene tilfredsstiller lovens krav. Ombudet kan foreta en kontroll om virksomheten har en redegjørelse for likestilling. Hvis årsberetningen har en mangelfull redegjørelse kan ombudet ta kontakt med virksomheten for å påpeke dette. Bestemmelsen pålegger en plikt av offentligrettslig karakter, og gir ikke enkeltindivider rettigheter som kan gi grunnlag for noe krav. Erstatningsreglene i likestillingsloven § 17 kommer derfor ikke til anvendelse.

#### 5.7.5 Kritikk av aktivitetsplikten

Intensjonen og forhåpningene bak aktivitets<sup>109</sup> – og redegjørelsesplikten<sup>110</sup> er, som uttalt i forarbeidene, at det vil skape økt bevissthet og dermed mer systematisk oppmerksomhet på likestilling i virksomheten. Aktivitetsplikten som gjelder for alle arbeidsgivere og organisasjoner pålegger de å arbeide ”aktivt, målrettet og planmessig”. Nøyaktig hvilke krav som ligger i dette og ansvarsfordelingen mellom arbeidsgivere og organisasjonene legges det ikke føringer på. Heller ikke i redegjørelsesplikten stilles det konkrete krav til innholdet.

---

<sup>107</sup> Ot.prp.nr.77(2000-2001) s 25

<sup>108</sup> Se kap. 9 om håndheving

<sup>109</sup> Ot.prp.nr.77(2000-2001) s 19

<sup>110</sup> Ot.prp.nr.77(2000-2001) s. 24

Manglende krav til innhold og det faktum at bevisstgjøring vanskelig lar deg måle, vil lett føre til at likestilling, herunder likelønn ikke blir tatt på alvor. I Likelønnskommisjonens utredning ”Kjønn og lønn”<sup>111</sup> fremføres det kritikk mot hvordan aktivitetsplikten fungerer sammenlignet med andre land. Forskeren det vises til, Craig, hevder at den norske bestemmelsen stort sett kun har symbolsk verdi og er lite effektiv. Han påpeker for det første at forpliktelsene ikke er spesifisert og blir mer for en ”programerklæring” å regne. For det andre er sanksjonen begrenset til redegjørelsesplikten og til sist er det ingen form for overvåkning. Ombudet har ingen systematisk kontroll eller oversikt om alle virksomheter oppfyller sin materielle aktivitetsplikt.

Etter å ha undersøkt en del årsberetninger viste det seg at kvaliteten var svært lav. Det er derfor behov for standardisering av krav til gode likestillingsredegjørelser, økt kontroll av redegjørelsesplikten og økt satsing på veiledning på veiledning for virksomhetene.<sup>112</sup> Kontroll er ressurskrevende og det er en forutsetning at ombudet får tilført flere midler for at kontrollene skal kunne gjennomføres.

Ettersom kvaliteten på redegjørelsene har vist seg å være av dårlig kvalitet, viser dette at bestemmelsen ikke virker hensiktsmessig. Manglende systematiske kontrollmekanismer kan i praksis lett føre til at likelønnsprinsippet må vike i de kollektive avtalene.

I de tre neste kapitlene skal jeg se på praksis fra de norske håndhevingsorganene samt EF-domstolen for å belyse konkret hvordan kvinners lønnsvilkår under og etter permisjonen er.

---

<sup>111</sup> NOU 2008:6

<sup>112</sup> NOU 2008:6 s 200

## 6 Lønnsvilkår

### 6.1 Kvinner sakker akterut lønnsmessig

Utgangspunktet er at kvinner ikke kan kreve noe fra arbeidsgiver under permisjon. Men der kvinnene er gitt rett på full lønn under permisjon i medhold av fortrinnsvis kollektive avtaler, er de beskyttet av likebehandlingsprinsippet.

Likelønnskommisjonens utredning viser at kvinner med lange fravær i forbindelse med fødsel ofte har problemer med å oppebære lønnen over tid. Dette fører til at mange kvinners lønn er i strid med likelønnsprinsippet. For å forebygge denne utviklingen, er det viktig at kvinner blir likebehandlet hva gjelder lønn både under og etter (ved gjeninntreden) permisjon.

Håndhevingsorganene er gjennom sin praksis satt til å utvikle de krav som stilles til å begrunne forskjellsbehandling. Graviditetsvernet skal praktiseres svært strengt, og det skal svært tungtveiende hensyn til å begrunne diskriminerende handlinger.

I kapittel 7 vil jeg se på hva ”full lønn” under permisjon innebærer, og i kapittel 8 tar jeg for meg kvinners stilling ved gjeninntreden. Før dette tar jeg for meg begrepet ”lønn” og ser på hvilke utbetalinger og goder som kan defineres som lønn.

### 6.2 Hva er lønn?

Lønn er definert i likestillingsloven § 5, fjerde ledd som ”det alminnelige arbeidsvederlag samt alle andre tillegg eller fordeler eller andre goder som ytes av arbeidsgiveren”. I forarbeidene<sup>113</sup> blir ”lønn” nærmere konkretisert. Det fremkommer at det ikke skilles mellom grunnlønn og de forskjellige tillegg. Det gjør heller ingen forskjell enten lønnen er

---

<sup>113</sup> Ot.prp.nr.33 (1974-1975) s 64

tariff-festet eller ikke. Lønnsbegrepet omfatter ikke bare det som utbetales i penger, men også det som ytes i naturalia, som for eksempel fribilletter ved NSB, rabattordninger for de ansatte og lignende. Det er særlig i de høyere inntektsklasser at det av forskjellige skattemessige grunner i en viss utstrekning er blitt vanlig å betale i form av fri bil, rimelige boliglån osv. Det er klart at dette må reknes som lønn i forhold til reglene om lik lønn.

EU-konvensjonens definisjon på lønn fremgår av artikkel 141 og likelønnsdirektivet. Norge har gjennom EØS-avtalen tatt inn likelønnsprinsippet i artikkel 69.

Norge må tolke likelønnsbestemmelsen i EØS-avtalens artikkel 69 i samsvar med praksis fra EF-domstolen. Lønnsbegrepet var oppe for EF-domstolen i saken Barber v Guardian Royal Exchange assurance Group.<sup>114</sup> Der uttalte domstolen følgende om hva begrepet lønn inneholder: ” As the Court has held, the concept of pay, within the meaning of the second paragraph of Article 119, comprises any other consideration, whether immediate or future, provided that the worker receives it, albeit indirectly, in respect of his employment from his employer. Accordingly, the fact that certain benefits are paid after termination of the employment relationship does not prevent them from being in the nature of pay, within the meaning of Article 119 of the Treaty”.

Tolkningen av Barber har blitt brukt i senere saker som for eksempel Jämställdhetsombudsmann -saken<sup>115</sup> og Brunnhofer-saken<sup>116</sup>.

Ytelser betalt av arbeidsgiver under permisjon som følge av kollektive overenskomster eller arbeidsavtalen defineres som lønn i artikkel 119's forstand samt Direktiv 75/117.<sup>117</sup>

---

<sup>114</sup> Sak C-262/88, Barber

<sup>115</sup> Sak C-236/98 premiss 39, Jämställdhetsmann-saken

<sup>116</sup> Sak C-381/99 premiss 33, Brunnhofer

<sup>117</sup> Sak C-342/93 premiss 14, Gillespie

## **7 Hvilke krav til lønn kan kvinner stille under permisjon?**

### **7.1 Innledning**

Diskrimineringsforbudet i likestillingsloven oppstiller ikke klare rettigheter og det er derfor svært vanskelig for kvinner å orientere seg og finne ut hvilke krav de kan stille. I de tilfellene kvinner er gitt ”full lønn” under permisjon er spørsmålet hva ”full lønn” innebærer. Det jeg skal se på i dette kapittelet er om kvinner kan kreve tilleggsbetaling, om de får beholde goder/ frynsegoder, om de får ta del i den generelle lønnsveksten og om de får nyte godt av lønnsøkninger som følger når det må forhånd er avtalt en økning i stillingsprosenten under permisjon.

### **7.2 Innebærer ”full lønn” under permisjon at også tilleggsutbetalinger medregnes?**

#### **7.2.1 Tilleggsutbetalinger belyst gjennom saken om ”Pr.capita-avtaler”.**

##### **7.2.1.1 Sakens faktum**

I sak 15/2007 kom Nemnda til at en fylkeskommunes unnlatelse av å inngå ny ”pr.capita-avtale” med kvinnelig tannlege på grunn av hennes fødselspermisjon, var i strid med likestillingsloven § 3.

Kvinnen det gjaldt var ansatt som tannlege med basisarbeidsmengde i Østfold fylkeskommune. Den 1.januar 2003 inngikk hun en individuell ”pr.capita-avtale” med fylkeskommunen. Avtalen varte til 31.desember 2003.

”Pr.capita-arbeid” er arbeid som tannlegen påtar seg utover den definerte basisarbeidsmengde og som honoreres etter en stykkprisordning. I tariffavtalen var dette definert som tilleggssarbeid. Godtgjørelsen ble lagt inn som et fast beløp som utbetales sammen med den ordinære månedslønnen. Godtgjørelsen var pensjonsgivende inntekt og var med i feriepengegrunnlaget. Avtalene ble inngått fra 1.januar og ble gjort gjeldende for et år av gangen. I følge tariffavtalen skulle avtalen bli forlenget med ytterligere et år dersom ingen av partene hadde innsigelser. Tannlegene med ”pr.capita-avtale” var ikke garantert samme antall nettopasienter hvert år. ”Pr.capita-pasientene” ble fordelt per januar hvert år, ut i fra blant annet antall tannleger i basisstillinger og antall personer med rett til offentlig tannhelsetjeneste som bor eller midlertidig oppholder seg i fylket.

På grunn av fødselspermisjon fikk kvinnen ikke inngå ny pr.capita-avtale fra 1.januar 2004. Hun mottok således heller ingen godtgjørelse etter ”pr.capita-avtale” under fødselspermisjonen. Kvinnen hadde fødselspermisjon 7.januar 2004, og en vikar overtok de ”pr.capita-pasientene” hun hadde hatt ansvar for i 2003.

Den 1.august 2004, etter fødselspermisjonens slutt, inngikk kvinnen en ny individuell ”pr.capita-avtale” med fylkeskommunen. Dette var vanlig praksis ved langvarig fravær i avtaleperioden, uavhengig av årsak. Vanlig praksis var også at personer som ble langvarig syke eller gikk ut i permisjon (uavhengig av type permisjon) i en avtaleperiode, beholder godtgjørelsen etter ”pr.capita-avtalen” ut avtaleperioden.

Fylkeskommunen hadde som praksis at de utbetaler full lønn under permisjon, uavhengig av grensen på 6 G i folketrygdloven. For tannleger med ”pr.capita-avtale” bestod lønnen av tre elementer: Grunnlønn etter basisarbeidsmengde, godtgjørelse etter ”pr.capita-avtalen” og bonuslønn. Bonuslønn ble gitt per pasient som ble behandlet utover basisarbeidsmengden og ”pr.capita-avtalen”.

### 7.2.1.2 Nemndas vurdering

Nemnda uttaler at det er mye som taler for at det er automatikk i at de tannlegene som har hatt "pr.capita-avtalene" etter tariffavtalen, og ønsker å fortsette med dette, får inngå ny slik avtale. Kvinnen ville derfor fått inngått ny avtale dersom hun ikke hadde vært i fødselspermisjon. Hun var imidlertid ikke garantert det samme antallet netto-pasienter som året før da disse fordeles hvert år i januar ut fra blant annet antall tannleger i basisstillinger og antall personer med rett til offentlig tannhelsetjeneste.

Godtgjørelsen ble deretter utbetalt per måned sammen med fastlønnen. Nemnda ansåg godtgjørelsen etter "pr.capita-avtalen" som et fast, årlig tillegg basert på et på forhånd bestemt antall pasienter tannlegen påtar seg et tilleggsansvar for. På denne måten mente Nemnda at godtgjørelsen etter slike avtaler var blitt institusjonalisert som en del av tannlegens vanlige lønn. Utbetalingen skjedde månedlig, sammen med den øvrige lønnen, uavhengig av hvor mange slike pasienter som faktisk er blitt behandlet den aktuelle måneden. Godtgjørelsen ble også regnet med i både pensjonsgrunnlaget og feriepengegrunnlaget. En sammenligning med bonusdelen av lønnen, som var en variabel lønn som varierte avhengig av hva tannlegen faktisk produserte, og som ikke var med i pensjons - eller feriepengegrunnlaget, underbygget inntrykket.

Konsekvensen av at kvinnen ikke fikk fornyet avtalen, var at hun ikke fikk utbetalt godtgjørelsen etter slik avtale under fødselspermisjonen. Ulempen for fylkeskommunen ved å inngå en ny slik avtale med kvinnen var at de måtte betale både kvinnen og en vikar godtgjørelse fra 1.januar til 1.august 2004.

For fylkeskommunen hadde ”pr.capita-ordningen” imidlertid ført til økt effektivitet, og det lå innvevd i en slik ordning at tannleger med slike avtaler kunne bli langtidssykemeldt eller gå ut i permisjoner.

På bakgrunn av at ordningen hadde ført til økt effektivitet for fylkeskommunen og sett i sammenheng med de ulempene unnlåtelsen av å fornye avtalen hadde for kvinnen, fant Nemnda det ikke var urimelig at fylkeskommunen påtok seg den økonomiske merbelastningen det innebar å inngå en ny slik avtale med kvinnen.

#### 7.2.1.3 Tilleggsutbetaling som en konkret rettighet

Ettersom det var vanskelig for Nemnda å vite hvilken del av permisjonen arbeidsgiveren hadde lagt vekt på, ble hele permisjonen vurdert under ett og da som indirekte forskjellsbehandling, likestillingsloven § 3,3.ledd.

Det skal, som vist i denne saken, svært tungtveiende grunner til for å tillate forskjellsbehandling i forbindelse med graviditet og fødsel. En absolutt rett til tilleggsutbetaling kan imidlertid ikke oppstilles nettopp fordi det finnes en unntaksadgang når forholdet blir definert som indirekte diskriminering. Ettersom faktum vil variere fra sak til sak, må håndhevingsorganene i hver sak på nytt ta stilling til om begrunnelsen for den aktuelle forskjellsbehandlingen kan godtas.

Likevel vil Nemndas praksis være med på å tydeliggjøre at unntaksadgangen er og skal være snever, og slik at den klare hovedregelen vil bli at tilleggsutbetaling inngår i hva som kan betegnes som ”full lønn”.

#### 7.3 Har kvinner rett til å beholde goder/frynsegoder under permisjonen?



Jeg vil belyse problemstillingen med en sak om fri avis fra Ombudet og en sak fra EF-domstolen om julegratiale.

### 7.3.1 Ombudets sak om fri avis under fødselsperioden<sup>118</sup>

#### 7.3.1.1 Faktum

I Ombudets sak 2004/103 henvendte to kvinner seg til ombudet med spørsmål om arbeidsgiveren har rett til å frata frynsegoder som fri avis i den perioden de var i fødselspermisjon. Kvinnene hadde i sin ansettelsesavtale krav på en fri avis per år i tillegg til lønnen.

#### 7.3.1.2 Ombudets uttalelse

Ombudet uttalte at man måtte se på om det forelå en avtale om full lønn, og om retten til fri avis var ment å være en del av lønnen. Dette berodde på en tolkning av avtalen. Det avgjørende var uansett at avtalen ikke måtte forskjellsbehandle kvinner og menn som tar ut fødselspermisjon, og heller ikke de som tar ut fødselspermisjon i forhold til arbeidstakere med andre typer langvarige fravær.

For det tilfelle at fri avis må anses som et frynsegode uavhengig av lønnen, må vurderingen knyttes opp til hvilke betingelse arbeidstakere med andre typer langvarige fravær har.

---

<sup>118</sup> Ombudets sak 2004/103

### 7.3.1.3 Frynsegode i form av avis som konkret rettighet

Ombudets uttalelse inneholder mange forbehold og kan derfor ikke tillegges stor vekt. Likevel belyser det en viktig problemstilling. Frynsegoder inngår i lønnsbegrepet og beskattes på lik linje med alminnelig lønn. Ombudet uttalte at det berodde på en tolkning av avtalen om retten til, i denne saken fri avis, var ment å være en del av lønnen hvis det kunne utledes krav om full lønn.

Gitt at avisen ble sett som en del av lønnen, ville det være en forskjellsbehandling å ikke gi kvinnene denne under permisjonen. Det er totalforbud mot forskjellsbehandling på grunn av graviditet, fødsel og utnyttelse av den kjønnsbestemte permisjonen, jf. § 3, 2.ledd nr.2. Dette fører til at de har et krav på å få avisen under den kjønnsbestemte delen av permisjonen. Forskjellsbehandling utover dette er en vurdering etter bestemmelsen om indirekte forskjellsbehandling i § 3,3.ledd. I interesseavveiningen i fjerde ledd må det tas hensyn til om andre med andre typer langtidsfravær får fri avis.

Frynsegoder er et viktig lønnselement i mange arbeidsavtaler og derfor vil det være mange som vil vite hva de kan kreve. Et punkt om krav på frynsegoder under den kjønnsbestemte permisjonen i likestillingsloven hadde avhjulpet et informasjonsbehov mange kvinner har.

### 7.3.2 Har kvinner rett på utbetaling av julegratiale i permisjon?

Lewen-saken,<sup>119</sup> dreide seg om utbetaling av julegratiale. EF-domstolen gjorde en distinksjon mellom gratiale der det ble tatt i betraktning det arbeidet som var blitt utført samme år og utbetaling av gratiale der ytelsen kun var betinget av at arbeidstakeren var i arbeid da utbetalingen skjedde.

---

<sup>119</sup> Sak C-333/97, Lewen

### 7.3.2.1 Faktum

Susanne Lewen hadde vært ansatt hos Denda Zahntechnik siden 1.september 1990. Lewen ble gravid i begynnelsen av 1996, utførte sitt arbeid fra den 1.januar til den 8.april 1996 og fra den 15. til den 18.april 1996. Hun hadde ferie fra den 9. til den 12.april 1996 og fra den 19.april til den 15.mai 1996. Den 16.mai 1996 startet den seksukers beskyttelsesperioden som var fastsatt i den nasjonale lovgivningen. Hun hadde termin den 27.juni 1996, men fødte en datter den 12.juli 1996. Beskyttelsesperioden utløp den 6.september 1996, og fra den 7.september 1996 hadde Lewen foreldrepermisjon som utløp den 12.juli 1999.

Lewen hadde i årene før 1996 hver 1.desember fått sammen med de andre ansatte utbetalt et julegratiale på en måneds lønn. Dette var en ytelse som basert på individuelle avtaler mellom arbeidsgiveren og arbeidstakerne. Julegratiale var en frivillig ytelse fra arbeidsgiveren og den kunne ikke ses på som ett rettskrav fordi den til enhver tid kunne tilbakekalles. 1. januar i 1997 gikk hun til sak og krevde å få utbetalt julegratiale for 1996.

### 7.3.2.2 Utbetaling av gratiale er betinget av at man er i arbeid

Arbeidsgiveren mente at formålet med utbetalingen var å oppmuntre de ansattes om var i aktiv tjeneste den 1.desember 1996 til å arbeide godt i de følgende måneder og således belønne deres fremtidige lojalitet overfor han. Gratiale var således betinget av at arbeidstakeren var i arbeid på tidspunktet for utbetaling.

Domstolen fastslo at en slik praksis i relasjon til artikkel 119, ikke utgjorde direkte forskjellsbehandling når den ble anvendt uten forskjell overfor menn og kvinner. Det at en kvinne som var ute i foreldrepermisjon ikke fikk utbetalt julegratiale, ble heller ikke ansett som indirekte diskriminering når utbetalingen av ytelsen kun var betinget av at arbeidstakeren var i aktiv tjeneste på tidspunktet for utbetaling.

### 7.3.2.3 Utbetaling av gratiale som en etterbetaling av allerede utført arbeid

Domstolen uttalte at det ville være annerledes dersom gratiale anses som en etterbetaling av arbeid som er utført i løpet av det året gratiale utbetales. For det tilfellet en arbeidsgiver ikke i det minste utbetaler en forholdsmessig del av gratiale til kvinner i foreldrepermisjon på grunn av at arbeidsavtalen er stilt i bero på tidspunktet for utbetalingen, vil være en forskjellsbehandling i artikkel 119's forstand. Slike arbeidstakere vil således stille ugunstig i forhold til de som er i arbeid når gratiale utbetales. Fordi kvinner langt oftere enn menn er ute i foreldrepermisjon på tidspunktet for utbetalingen, vil det utgjøre en indirekte diskriminering å ikke utbetale en forholdsmessig del av gratiale til kvinner i permisjon.

Perioder der mødre er beskyttet (forbud mot å arbeide) skal sidestilles med perioder som de har arbeidet og dermed tas med i beregningen av gratiale. Dersom dette ikke ble tatt med i beregningen måtte det anses som forskjellsbehandling av kvinner. Hadde de ikke vært gravide hadde de fått perioden med i beregningsgrunnlaget for gratiale.

### 7.3.2.4 Frynsegode i form av julegratiale som en konkret rettighet

Det rettslige grunnlaget var EF-traktatens artikkel 119 om likelønn der verken direkte eller indirekte forskjellsbehandling er tillatt.

Kvinnen i saken fikk ikke utbetalt julegratiale fordi domstolen mente at det verken var direkte eller indirekte diskriminering at ytelsen ikke ble utbetalt når den var betinget av at hun var i aktiv tjeneste på tidspunktet for utbetalingen. Arbeidsgiveren mente at formålet

med utbetalingen var å oppmuntre de ansatte som var i tjeneste til å arbeide godt i de følgende månedene.

Annerledes ville det i følge EF-domstolen ha stilt seg dersom gratiale ble ansett som en etterbetaling av arbeid som var utført i løpet av det året gratiale ble utbetalt. Kvinner blir rammet indirekte fordi kvinner er langt oftere enn menn ute i foreldrepermisjon på tidspunktet for utbetaling. Fravær på grunn av fødsel godtas derfor ikke som saklig grunn for forskjellsbehandling.

Om hvorvidt en slik utbetaling er å anse som et incitament til å jobbe godt i tiden etter utbetalingen eller om det kan anses som en etterbetaling av allerede utført arbeid, vil være et spørsmål om bevis. Julegratiale, som også kan ses på som en bonus, vil som regler være en utbetaling som er grunnet i en kombinasjon av allerede oppnådde resultater og dermed en etterbetaling samt at det vil være en oppmuntring til å arbeide godt i de neste månedene.

For å bedømme om et julegratiale er det ene eller det andre må man se på de bakenforliggende årsakene og se hva praksisen har vært tidligere. Arbeidsgivere som vil unngå å utbetale slike beløp til kvinner i permisjon vil lett kunne konstruere en forklaring om at utbetalingen er myntet på fremtidig innsats.

Kvinner har således krav på en forholdsmessig del av julegratiale såfremt det anses som etterbetaling.

#### 7.4 Har kvinner krav på lønnsøkning i permisjon?

Spørsmålet er om arbeidstakere som har rett til permisjon med lønn bør nyte godt av eventuelle fordeler som følger med stillingen som sådan, for eksempel alminnelige

lønnsjusteringer eller oppgraderinger av stillingskategorien til en høyere lønnsklasse.

Videre er det et spørsmål om endringene får virkning fra samme tid som for arbeidstakerne som er i arbeid.

#### 7.4.1 Praksis fra EF-domstolen

##### 7.4.1.1 Gillespie-saken<sup>120</sup>

Saksøkerne, som var en del kvinner, hadde permisjon i 1988. I november 1988 ble det ført forhandlinger som førte til lønnsøkning med tilbakevirkende kraft fra den 1.april 1988. Saksøkerne fikk ikke nyte godt av forhøyelsen på grunn av måten utbetalingen under permisjonen skulle regnes ut. Kontantytelsen som skulle utbetales under fødselspermisjonen, ble fastsatt på grunnlag av den gjennomsnittlige ukelønnen. Det skulle beregnes med utgangspunkt i de to siste lønninger (referanselønnen), de hadde mottatt i de to månedene før referanseuken. Denne ble definert som den femte uke før begynnelsen av den uken hvor fødselen var forventet. Det var ikke fastsatt bestemmelser om forhøyelse av referanselønnen i tilfelle av en senere lønnsforhøyelse. Betalingen var bestemt i en kollektiv avtale og var mer fordelaktig enn den alminnelige lovgivningen.

Det rettslige grunnlaget for domstolen var traktatens likelønnsprinsipp i artikkel 119 og direktiv 75/117 som presiserer innholdet i prinsippet. Traktatens artikkel 119 og artikkel 1 i direktiv 75/117 er derfor til hinder for bestemmelser som fører til at det utbetales ulik lønn til mannlige og kvinnelige arbeidstakere når de utfører samme arbeid eller arbeid av samme verdi.<sup>121</sup> I tråd med fast praksis er forskjellsbehandling når det på sammenlignbare situasjoner anvendes forskjellige bestemmelser, eller at den samme bestemmelse anvendes på forskjellige situasjoner.<sup>122</sup> Slik som i dette tilfellet befinner kvinnene seg i en spesiell

---

<sup>120</sup> Sak C-342/93, Gillespie

<sup>121</sup> Sak C-342/93 premiss 15 Gillespie

<sup>122</sup> Sak C-342/93 premiss 16 Gillespie

situasjon i og med at de har fødselspermisjon i henhold til den nasjonale lovgivningen. Det kreves at de blir gitt en spesiell beskyttelse, men som ikke kan sammenlignes med situasjonen en mann eller kvinne som arbeider normalt er i.

Domstolen kom i premiss 21 og 22 til at når beregningen av ytelser utbetalt under permisjon bygger på lønnen den kvinnelige arbeidstaker har mottatt før permisjonen startet, skal ytelsene omfatte lønnsforhøyelser som er skjedd mellom starten av den perioden referanselønnen omfatter og slutten på permisjonen. I premiss 22 står det følgende:

”The benefit paid during maternity leave is equivalent to a weekly payment calculated on the basis of the average pay received by the worker at the time when she was actually working and which was paid to her week by week, just like any other worker. The principle of non-discrimination therefore requires that a woman who is still linked to her employer by a contract of employment or by an employment relationship during maternity leave must, like any other worker, benefit from any pay rise, even if backdated, which is awarded between the beginning of the period covered by reference pay and the end of maternity leave. To deny such an increase to a woman on maternity leave could discriminate against her purely in her capacity as a worker since, had she not been pregnant, she would have received the pay rise.”

#### 7.4.1.2 Alabaster-saken<sup>123</sup>

Denne dreier seg om hvordan premissene om lønnsøkning under permisjonen i Gillespie-dommen skal tolkes.

Saken er skilte seg noe fra Gillespie-saken fordi her fikk en kvinne en lønnsøkning like før hun gikk ut i permisjon, men etter den relevante perioden for utregningen av ytelser under

---

<sup>123</sup> Sak C-147/02 Alabaster

permisjon. Lønnsøkningen fikk ikke tilbakevirkende kraft, slik som i Gillespie-saken, og lønnsøkningen grep derfor ikke inn i den relevante perioden.

Det rettslige grunnlaget var traktatens art 119 om likelønn, samt direktiv 75/117.

Domstolen uttalte at traktatens artikkel 119 skal tolkes slik at den krever at enhver lønnsøkning som er gitt mellom begynnelsen av den perioden referanseperioden omfatter og slutten av permisjonen skal inngå som et av de lønnsselementer som skal tas med i beregningen av størrelsen av ytelsen under permisjonen. Dette er forutsatt av at den ytelsen som den kvinnelige arbeidstakeren mottar under permisjonen, i det minste delvis, fastsettes på grunnlag av den lønn hun mottar innen permisjonens begynnelse. Et slikt krav er ikke kun begrenset til de tilfeller der lønnsforhøyelsen er tilbakedatert til den periode referanselønnen omfatter.

#### 7.4.1.3 Alminnelig lønnsøkning og virkningstidspunkt

Det rettslige grunnlaget for EF-domstolen var traktatens art 119 om likelønn, samt direktiv 75/117. Gillipsie – og Alabaster-dommen avklarer kvinners rett til lønnsøkning før og under permisjonen i de tilfellene der kvinnene mottar full lønn under permisjonen.

Dommene sier imidlertid ingenting om hvilket tidspunktet endringene skal få virkning fra. I Ombudets sak 2002/278 uttalte Ombudet at dersom det skjer endringer i stillingens lønn under permisjonstiden som følge av ansiennitetsopprykk eller lønnsrevisjon, utbetales den endrede lønnen fra samme tidspunkt.

Rett til å nyte godt av generelle lønnsøkninger burde vært uttalt eksplisitt i likestillingsloven.



#### 7.4.2 Oppgradering til høyere lønnsklasse

Om hvorvidt kvinner kan nyte godt av oppgradering av stillingskategori til en høyere lønnsklasse, er også et element av hva ”full lønn” innebærer. I ARD 1994 s 231 var tvisten i saken knyttet til beregning av lønn (fødselspenger) til arbeidstaker som en tid hadde tjenestegjort i en stilling som i forhold til vedkommendes opprinnelige tiltrådte stilling hadde redusert omfang, og hvor arbeidstakeren etter avtale skulle ha gått tilbake til den opprinnelige stilling hvis vedkommende ikke hadde hatt svangerskapspermisjon.

Hovedtariffavtalen<sup>124</sup> § 8 gav arbeidstakere krav på lønn under sykdom og svangerskap i større utstrekning enn det som fulgte av folketrygdlovens regler. Det fremgikk ikke eksplisitt av ordlyden i hovedtariffavtalen om arbeidstaker under sykefravær og svangerskapspermisjon skal ha sykelønn og fødselspenger beregnet etter den stilling arbeidstakeren faktisk hadde ved sykefraværets eller svangerskapspermisjonens inntreden, eller om lønnen skal baseres på den stilling vedkommende etter forutgående avtale ville ha vendt tilbake til og tjenestegjort i, dersom sykefraværet eller svangerskapet ikke hadde inntrådt.

Det avgjørende i saken ble en naturlig forståelse ut fra bestemmelsenes ordlyd og formål, og særlig forståelsen av sammenhengen mellom vilkåret om at vedkommende har ”tiltrådt” i stillingen og bestemmelsen om at det skal ”utbetales full ordinær lønn, faste årsbeløp og variable tillegg etter oppsatt turnusplan”.

Domstolen kom til at bestemmelsene for svangerskapspermisjon skal forstås slik at en arbeidstaker må ha tiltrådt en stilling for å ha rett til lønn i henhold til vedkommende stilling. Har arbeidstakeren tiltrådt, men tjenestegjør midlertidig i en stilling med mindre

---

<sup>124</sup> Hovedtariffavtalen mellom Norsk Sykepleierforbund (NSF) og Kommunenes Sentralforbund (KS) for perioden 1992-1994

omfang, skal hun ha lønn i henhold til denne, likevel slik at hvis det på forhånd er avtalt at hun på et tidspunkt skal gå tilbake til den tidligere stilling, skal hun ha lønn i henhold til denne fra det aktuelle tidspunkt.

#### 7.4.2.1 Høyere lønnsklasse som konkret rettighet

Kvinnen fikk dermed nyte godt av lønnsøkningen av på forhånd avtalt justering i stillingsprosenten.

Ved å ta hensyn til det avtalte tidspunktet og betale full lønn i forhold til den opprinnelige stillingen unngår domstolen en tolkning som ville stride mot likelønnsprinsippet og forbudet mot direkte og indirekte forskjellsbehandling. En tolkning i kvinnens disfavør ville ha ført til at tariffbestemmelsen ble sett på som ugyldig, og som igjen hadde gitt grunnlag for å anlegge erstatningssøksmål mot hovedorganisasjonene.

## **8 Hvilke krav til lønn kan kvinner stille ved gjeninntreden?**

### 8.1 Innledning

Justering av lønnsvilkårene skjer ikke bare under permisjonen, men også ved gjeninntreden. Likestillingsloven har ingen bestemmelse som sier noe om hvordan kvinner skal stille lønnsmessig ved gjeninntreden. Heller ikke sier likelønns – eller likebehandlingsdirektivet noe om dette. Det nye rammedirektivet 2006/54/EF, som ikke

ennå er innlemmet i EØS-avtalen, er i artikkel 15 helt klar på hva kvinner kan kreve ved gjeninntreden hva gjelder arbeidsvilkår, herunder lønn. Kvinner skal ved gjeninntreden "... benefit from any improvement in working conditions to which she would have been entitled during her absence".

Kvinner med lange permisjoner bak seg blir ofte satt utenfor de lokale forhandlingene om individuelle lønnstillegg samt at de heller ikke blir tilgodesett ved bonusutbetalinger. Både individuelle lønnstillegg og bonuser forutsetter en personlig innsats og fravær fra arbeidsplassen fører til at arbeidsgiver mangler vurderingsgrunnlag for disse kvinnene. Individuelle lønnstillegg og bonuser kan også bli tema under permisjonen og også i slike tilfeller kan manglende vurderingsgrunnlag føre til at kvinner blir holdt helt utenfor.

Spørsmålet er hvilken rett kvinner har til slike lønnstillegg og bonuser og fra hvilket tidspunkt de eventuelt skal ha virkning fra hvis de blir gitt under permisjon.

Først skal jeg se på hvilken rett slike kvinner har til å fremsette krav om lønnstillegg i lokale forhandlinger.

## 8.2 Har kvinner rett til å stille lønnskrav i lokale forhandlinger?

### 8.2.1 Uttalelser fra Ombudet

I Ombudets sak 2002/170 fikk Ombudet en henvendelse fra en kvinne vedrørende lokale lønnsforhandlinger under fødselspermisjon.

Ombudet fremhevet at i og med ansettelsesforholdet består under permisjonstiden, hadde hun de samme rettigheter som andre arbeidstakere. Ombudet påpekte at kvinnen hadde rett til å fremme krav under lokale lønnsforhandlinger selv om hun var i fødselspermisjon og at en automatisk utelukking fra lønnsforhandlingene ville ramme kvinner på en urimelig måte, siden kvinner tar mesteparten av permisjonen.

Det avgjørende for om arbeidsgiver kunne la være å innfri lønnskravet helt eller delvis med begrunnelse i at arbeidstakeren var i permisjon, var om kvinnen ville blitt dårligere stilt på en urimelig måte dersom hun ikke fikk innfridd sitt lønnskrav, jf. § 3, 3.ledd. Ombudet uttalte at ved lokale forhandlinger er det ofte naturlig å vurdere siste års arbeidsinnsats. I denne saken hadde kvinnen vært til stede på arbeidsplassen tilnærmet hele året frem til forhandlingen skulle finne sted. Arbeidsgiver hadde derfor et godt vurderingsgrunnlag for hennes lønnskrav. Ombudet påpekte at det avgjørende var om arbeidsgiver foretok en individuell vurdering av hver enkelt arbeidstaker på bakgrunn av den arbeidsinnsats som var nedlagt. Personer som var i permisjon måtte ikke automatisk utelukkes fra denne vurderingen.

Etterfølgende uttalelser fra Ombudet støtter dette standpunktet i at kvinner i permisjon ikke automatisk må bli utelukket fra lokale lønnsforhandlinger. I Ombudets sak 2002/240 ble det uttalt at en automatisk utelukkelse av alle som er i permisjon vil være i strid med likestillingsloven, fordi det vil kunne føre til tilfeldige og urimelige resultater avhengig av når man føder og går ut i permisjon.

I den konkrete saken klaget en fagorganisasjon på vegne av et kvinnelig medlem. Kvinnen var avdelingsleder på et sykehjem. Hun hadde fremmet lønnskrav i de lokale forhandlingene, men var ikke blitt prioritert fordi hun var i fødselspermisjon på det aktuelle tidspunktet. Ved forhandlingene hadde arbeidsgiver først presentert et tilbud som innebar minst et lønnstrinn til alle avdelingslederne, inkludert kvinnen. Fagorganisasjonen godtok imidlertid ikke tilbudet, og forhandlingene resulterte i at kvinnen ikke fikk lønnsøkning.

Ombudet konkluderte med at bedriften hadde handlet i strid med likestillingsloven ved at kvinnen ikke ble vurdert på samme måte som andre arbeidstakere i de lokale lønnsforhandlingene. I sin avgjørelse la Ombudet særlig vekt på at det var arbeidsgivers ønske om å prioritere aktive arbeidstakere fremfor arbeidstakere som var i permisjon, som var utslagsgivende for resultatet av forhandlingene. Ombudet viste til at det ikke er noen enkel oppgave for en arbeidsgiver å skulle prioritere i situasjoner hvor potten ikke strekker til i forhold til de kravene som er fremsatt. Selv om man er i en forhandlingssituasjon og organisasjonene fremmer krav, har arbeidsgiver likevel et ansvar for at lønnsfastsettelsen skjer i samsvar med likestillingslovens bestemmelser ( § 3).

Arbeidsgiver klaget Likestillingsombudets avgjørelse inn for Klagenemnda for likestilling. Nemnda kom til samme resultat som Ombudet, jfr, Klagenemnda for likestilling sak nr. 6/2003. Både Ombudets og Nemndas avgjørelse bygger på de gamle reglene som opphørte 1.juli 2002. Der ble forskjellsbehandling av ansatte i svangerskapspermisjon ansett som indirekte forskjellsbehandling.

I sak 2002/257, 2003/271 og 2004/292 gjentar Ombudet at det er i strid med likestillingsloven å automatisk utelukke personer i fødselspermisjon fra å komme i betraktning ved de lokale forhandlingene. Dette inkluderer dermed også forbud mot å operere med generelle regler om at alle som er i fødselspermisjon skal holdes utenfor forhandlingene. Enhver ansatt har altså rett til å fremme krav.

#### 8.2.1.1 Kvinner har rett til å fremme krav i permisjon

Både etter de gamle og de nye reglene om forskjellsbehandling var og er det i strid med likestillingsloven å automatisk utelukke personer i permisjon fra å komme i betraktning ved de lokale forhandlingene. Dette er en klar oppfordring til arbeidsgivere og organisasjoner til å forhindre at det eksisterer rutiner som er egnet til å forskjellsbehandle. Å unngå å ha

rutiner som er egnet til å skape forskjellsbehandling vil bidra til å oppfylle lovens formål om å fremme likestilling mellom kjønnene og sikre kvinners stilling på arbeidsmarkedet. I ombudets sak 2002/240 understreket ombudet arbeidsgivers ansvar for at lønnsfastsettelsen skjer i samsvar med likestillingsloven. For å gjøre loven mer informativ og tydelig på at kvinner kan kreve å fremme krav i lønnsforhandlinger, burde dette bli tatt inn i loven.

Organisasjonene LO/NHO har på sin side tatt tak i problematikken, og vedtok 2.april 2008 å innarbeide en bestemmelse i alle overenskomster som inneholder en plikt til å vurdere de fraværende arbeidstakerne. Bestemmelsen er kjønnsnøytral, men vil særlig komme kvinner til gode fordi det er de som tar ut mesteparten av foreldrepermisjonen.

### 8.3 Har kvinner rett til individuelle lønnstillegg under permisjon?

#### 8.3.1 Uttalelser fra Ombudet

I saken 2002/170 uttalte Ombudet at det var naturlig å vurdere siste års arbeidsinnsats ved lokale forhandlinger. I den konkrete saken hadde kvinnen vært til stede på arbeidsplassen tilnærmet hele året frem til forhandlingen skulle finne sted. Arbeidsgiver hadde derfor et godt grunnlag for hennes lønnskrav.

I saken 2004/292 henvendte en kvinne seg til Likestillingsombudet med spørsmål om lønnstillegg under fødselspermisjon. Arbeidsplassen hadde en praksis med at arbeidstakere i slik permisjon ikke fikk lønnstillegg under permisjonen.

Ombudet uttalte at en arbeidstaker som er ute i permisjon på forhandlingstidspunktet, eller som har hatt permisjon deler av året, har krav på å bli vurdert ut fra den innsatsen de har gjort i den tiden de har jobbet. Et sentralt spørsmål kan da være hvor stor del av året en har vært i aktiv tjeneste før en gikk ut i permisjon. Arbeidsgiver må ha en viss periode å forholde seg til for å kunne vurdere innsatsen til den enkelte arbeidstaker. Hvor lang tid

denne perioden må være er det vanskelig å si noe sikkert om. Ansatte som er i fødselspermisjon skal ikke behandles strengere enn ansatte som har vært borte av andre årsaker. For øvrig er det i strid med lovens forbud mot direkte diskriminering hvis lovpålagt fødselspermisjon får negative konsekvenser under forhandlingene.<sup>125</sup> Det er også i strid med likestillingsloven hvis man nekter noen lønnstillegg fordi de i nær fremtid skal ut i fødselspermisjon.<sup>126</sup>

### 8.3.2 Saker for Nemnda om lokale lønnsforhandlinger

#### 8.3.2.1 Sak nr. 22/2004. Lønnstillegg basert på prestasjon

Spørsmålet dreide seg om lønnsfastsettelsen ved de lokale lønnsforhandlingene ved B i 2002 og 2003 var i strid med likestillingsloven § 3.

A var ansatt som spesialpsykolog ved B. Lønnsdannelsen for spesialpsykologene ved B skjedde dels ved generelle tillegg, og dels ved lokale tillegg. De generelle tilleggene ble forhandlet gjennom arbeidsgiverorganisasjonen NAVO og arbeidstakerorganisasjonen Norsk Psykologforening, Akademikerne. De lokale tilleggene ble forhandlet frem gjennom lønssamtaler mellom lokal leder og den enkelte ansatte, og deretter ved forhandlinger mellom B ved personalleder og Norsk Psykologforening. De lokale forhandlingene ble gjennomført i henhold til regler om lønssamtaler fastsatt i tariffoverenskomster mellom B og Norsk Psykologforening.

Kriteriene som lå til grunn for vurderingen av eventuelle tilleggslønn i 2002 og 2003 var kompetanse, lederansvar og faglig dyktighet. Tidsrommet som ble vurdert var arbeidsperioden siden forrige års lønssamtaler.

---

<sup>125</sup> Se også Ombudets sak 2003/271

<sup>126</sup> Se også Ombudets sak 2003/271

De lokale lønnsforhandlingene skulle normalt gjennomføres i løpet av april/mai det enkelte år. Som følge av utsettelse av de sentrale forhandlingene, ble de lokale lønssamtalene for 2002 ikke gjennomført før høsten 2002. Lokale lønssamtaler for 2003 fant sted i april 2003. I perioden 1.juni 2002 til 27.mai 2003 var A i fødselspermisjon, og dette medførte at hun ikke fikk deltatt i ordinære lønssamtaler verken i 2002 eller 2003 selv om permisjonen varte i kun 12 måneder.

B anså på sin side at hennes permisjonsfravær medførte at det ikke forelå tilstrekkelig vurderingsgrunnlag i forhold til ovennevnte kriteria, og hennes lønn ble ikke vurdert nærmere verken i 2002 eller 2003. A mente at praksis i forbindelse med de lokale lønnsforhandlingene i 2002 og 2003 var i strid med likestillingsloven. Selv om hun fikk justert sin lønn etter en ekstraordinær lønssamtale som fant sted etter hun returnerte fra fødselspermisjon, anså hun at hennes totale lønnsutvikling i perioden har vært betraktelig dårligere enn sammenlignbare kollegaer som ikke har vært i fødselspermisjon.

Saken ble vurdert ut i fra § 3 som sier at direkte eller indirekte forskjellsbehandling ikke er tillatt.

Etter Nemndas syn var utelukkelsen fra lønnsforhandlingene i 2002 og 2003 en indirekte forskjellsbehandling etter likestillingslovens § 3, tredje ledd. Hvorvidt denne forskjellsbehandlingen var tillatt var avhengig av hvorvidt unntaksbestemmelsen i likestillingsloven § 3, fjerde ledd fikk anvendelse.

Nemnda slo fast at manglende vurderingsgrunnlag som skyldes fødselspermisjon, i likhet med annen permisjon, kan være et saklig grunnlag i vurderingen av tilleggslønn i lokale forhandlinger. Vurderingen må imidlertid tas konkret.



Ved lønnsforhandlingene i 2002 hadde A arbeidet i tilnærmet et helt år fra forrige lønnsoppgjør. Det fremstår som uforholdsmessig og lite rimelig sett opp mot kriteriene som ble lagt til grunn at hun ikke engang ble vurdert nærmere for tilleggslønn dette året, særlig tatt under betraktning at utsettelsen av lønnsoppgjøret til høsten 2002 var en ekstraordinær hendelse. Etter Nemndas syn var derfor utelukkelsen av A ved lønnsoppgjøret dette år i strid med likestillingsloven § 3.

I vurderingen av lønnsforhandlingene for 2003 legger Nemnda til grunn at A ikke ble prioritert eller vurdert nærmere av lokal leder fordi hun ikke hadde arbeidet i tidsperioden fra forrige lønnsforhandling. Nemnda uttalte at dersom det forelå grunnlag for at A skulle gis tilleggslønn under fødselspermisjon vil det ikke være tilstrekkelig å forutsette kompensasjon på et senere tidspunkt gjennom ekstraordinære lønssamtaler i etterkant av fødselspermisjonen.

Med bakgrunn i at A var i permisjon under hele tidsperioden som lå til grunn for en vurdering av eventuell tilleggslønn i 2003 fant Nemnda at A ble forskjellsbehandlet i strid med likestillingsloven § 3 ved lønnsforhandlingene for 2003 ved at hun ikke ble vurdert nærmere i forhandlingene.

#### 8.3.2.2 Sak nr. 31/2005. Lønnstillegg basert på prestasjon.

I denne saken ble en kvinne forbigått i de lokale lønnsforhandlingene til tross for at det forelå tilstrekkelig vurderingsgrunnlag. Flertallet i Nemnda mente at arbeidsgiver ikke klarte å sannsynliggjøre at det ikke var kvinnens graviditet og forestående fødselspermisjon som var grunnen til manglende lønnsoppsykk.

Spørsmålet var derfor om Oslo byfogdembetes beslutning om ikke å gi A lønnsoppsykk i lokale lønnsforhandlinger var i strid med likestillingsloven § 3.

Kvinnen, heretter kalt A, ble ansatt som førstekonsulent hos namsmannen ved Oslo byfogdembete 18.januar 2000. I mai 2001 fikk hun opprykk og tittel som rådgiver med gjeldsansvar. Fra februar 2002 var A vært en av fem jurister som fungerte som stedfortreder i seksjonssjefens fravær. Stedfortrederne fikk fungeringsgodtgjørelse, men utgjorde ingen egen lønnsgruppe. A gikk ut i fødselspermisjon i midten av november 2004. I forkant av fødselspermisjonen var hun sykemeldt på grunn av bekkenløsning.

I Norges Juristforbunds oversendelsesbrev med krav til de lokale lønnsforhandlinger høsten 2004, var A oppført blant fem høyt prioriterte rådgivere – alle stedfortredere med gjeldsansvar. Foruten A var de prioriterte rådgivere menn. Forbundets prioritering hadde sammenheng med de føringer arbeidsgiver hadde kommet med i det forberedende møte til forhandlingene. I referat fremgikk det at leder- og rådgiverstillingene skulle være i fokus. Lønnsforhandlingene ble avholdt med hjemmel i Hovedtariffavtalen pkt. 2.3.3 og med utgangspunkt i embedets lokale lønnspolitikk, der det blant annet fremgår at det skal legges vekt på de enkelte medarbeideres faglige dyktighet og innsats.

A var den eneste som ikke fikk lønnsopprykk. Som følge av dette ble de andre fire liggende ett eller flere lønnstrinn over A. Før oppgjøret lå to av dem ett lønnstrinn under, en lå likt, mens en lå over. A hadde nest lengst ansiennitet av de fem og har gode faglige tilbakemeldinger å vise til.

Nemnda vurderte forholdet etter lovens § 3 som forbyr direkte og indirekte forskjellsbehandling av kvinner og menn. I henhold til § 3 annet ledd nr. 2 vil det være direkte forskjellsbehandling i strid med loven hvis en kvinne stilles dårligere i lokale lønnsforhandlinger på grunn av graviditet eller fødsel, eller på grunn av utnyttelse av permisjonsrettigheter som er forbeholdt henne. Direkte forskjellsbehandling er ulovlig og det finnes ikke noe lovfestet unntak fra dette. Hvis det foreligger opplysninger som gir grunn til å tro at det har skjedd forskjellsbehandling i arbeidsforhold, må arbeidsgiver sannsynliggjøre at forskjellsbehandlingen ikke er i strid med likestillingsloven, jf. § 16.

Nemnda delte seg i et flertall på fire og i et mindretall på en. Flertallet mente at selv om graviditet og forestående fødselspermisjon ikke var direkte tema under lønnsforhandlingene, var det grunn til å tro at disse forholdene hadde virket inn på utfallet av lønnsoppgjøret. Flertallet pekte særlig på at den faglige rangering som Oslo byfogdembete hadde påberopt ikke helt harmonerte med de faglige tilbakemeldingene A kunne vise til. Det virket noe påfallende at A var den eneste av forbundets fem høyt prioriterte rådgivere som ikke fikk opprykk. Fra å ligge i "toppskiktet" blant disse fem lå hun etter forhandlingene lavest blant disse fem. Flertallet mente at det var nærliggende å se dette i sammenheng med den forestående fødselspermisjon og graviditeten som nødvendigvis har virket inn på hennes arbeidsprestasjon. At de fire som fikk opprykk alle var menn, forsterker inntrykket av at det kunne være en sammenheng. Det var naturlig å se de som en gruppe i lokale lønnsforhandlinger.

Omstendighetene lå slik an at bevisbyrden i § 16 måtte få anvendelse. Etter bestemmelsen må arbeidsgiver sannsynliggjøre at forskjellsbehandlingen ikke var i strid med likestillingsloven. Oslo byfogdembete klarte ikke sannsynliggjøre dette og det ble derfor presumert at forskjellsbehandling av A var lovstridig.

Mindretallet hevdet at det var kjønnsnøytrale grunner til at A ikke fikk lønnsopprykk i de lokale forhandlingene høsten 2004 og at det ikke var grunnlag for å hevde at Oslo byfogdembete hadde lagt vekt på at hun var gravid og skulle ut i permisjon. Selv om A hadde fått positive tilbakemeldinger fra sin arbeidsgiver, utelukket dette ikke at andre ansatte kan ha blitt vurdert fremfor henne under de aktuelle lønnsforhandlingene.

### 8.3.3 Manglende vurderingsgrunnlag er saklig grunn til forskjellsbehandling i forhold til individuelle lønnstillegg

Ombudets og Nemndas praksis viser at manglende vurderingsgrunnlag som skyldes fødselspermisjon, i likhet med annen permisjon, kan være et saklig grunnlag for forskjellsbehandling i vurderingen av om individuelle lønnstillegg i lokale forhandlinger skal gis. Vurderingen må imidlertid tas konkret og unntaksadgangen skal være snever når det gjelder slike saker, jf. § 3, 3. ledd. Håndhevingsorganene er gitt et slikt spillerom der de gjennom praksis kan utvikle de krav som stilles til begrunnelsen for handlingen, jr. § 3, 4. ledd. Det antydes også at man må finne seg i at det kan settes et minstekrav til tilstedeværelse for å bli vurdert. Hvor lenge er det ikke sagt noe om, men kvinner som er i fødsels – og foreldrepermisjon skal ikke behandles strengere enn ansatte som har vært borte av andre årsaker. Det er i strid med lovens forbud mot direkte forskjellsbehandling hvis lovpålagt fødselspermisjon får negative konsekvenser under forhandlingene.

Fordi det ikke ivaretar kvinners reelle lønnsvekst er det ikke tilstrekkelig å få et ekstraordinært lønnstillegg som kompensasjon ved gjeninntreden. Kvinner har derfor krav på å bli vurdert på samme tidspunkt som om de som er i aktivt arbeid.

### 8.4 Virkningstidspunkt for lønnstillegg under fødselspermisjon

Spørsmålet om fra hvilket tidspunkt eventuelle lønnstillegget skal ha virkning fra har vært oppe for Ombudet.

I sak 2003/271 uttalte Ombudet at dersom personer i permisjon får lønnstillegg i lokale forhandlinger, skal dette ha virkning fra samme dato som for andre ansatte, og ikke fra det tidspunktet hun kommer tilbake fra permisjon. Men i en senere sak 2004/ 098 uttalte Ombudet at det imidlertid i hovedsak ikke er et spørsmål om brudd på likestillingslovens regelverk, men et spørsmål om tolkning av avtalen som er inngått mellom arbeidsgiver og

arbeidstaker. Dersom man har en avtale om full lønn under permisjon, må man vurdere om det betyr at man får utbetalt den lønnen som man hadde når man gikk ut i permisjon, eller om det også omfatter eventuelle lønnstillegg som måtte komme i løpet av fødselspermisjonen.

Ombudet opplyste at det ikke kan utledes av likestillingslovens bestemmelser at arbeidsgiver har plikt til å gi lønnstillegg virkning mens man er i permisjon. Spørsmålet blir om den tolkningen partene har lagt til grunn gjelder for alle typer permisjoner eller fravær, eller om fraværet på grunn av fødselspermisjon behandles annerledes enn fravær av andre grunner. Likestillingsloven krever at kvinner og menn i foreldrepermisjon behandles likt og at fravær i foreldrepermisjon ikke behandles strengere enn annet fravær.

Staten og kommunene tolker avtaler om ”full lønn under permisjon” slik at ansatte i permisjon får lønnstillegg fra samme tidspunkt som sine kolleger. Private bedrifter tolker ikke alltid slike avtaler på samme måte.<sup>127</sup>

#### 8.4.1 Virkningstidspunkt er avhengig av tolkning

I ombudets sak i 2003 virket det som om bordet skulle fange dersom det først hadde blitt gitt tilsagn om full lønn. I 2004-saken gikk ombudet likevel tilbake på det og åpnet for at det må tas en tolkning av avtalen for å finne ut som slike tillegg skal ha virkning umiddelbart eller først ved gjeninntreden.

Det vesentligste vil være at kvinnene klarer å oppbære lønnsnivået ved gjeninntreden. Det nye direktivet<sup>128</sup> krever kun at kvinner skal ved gjeninntreden nyte godt av forbedringer i arbeidsvilkår, herunder lønnsøkning, som har skjedd under fraværet.

---

<sup>127</sup> [www.ldo.no](http://www.ldo.no)

## 8.5 Har kvinner rett til bonus under eller etter foreldrepermisjonen?

### 8.5.1 Uttalelser fra Ombudet

I Ombudets sak 2003/166 gav Likestillingsombudet en oppsummering av tidligere behandlede saker vedrørende utbetaling av bonus i fødselspermisjon.

Dersom utbetalingene er å anse som generelle tillegg som ikke relateres til resultatet i noe bestemt år, skal ansatte i fødselspermisjon behandles likt som andre ansatte. Det skal altså ikke foretas noen avkorting for permisjoner i slike tilfeller.

Dersom det dreier seg om resultatbaserte bonussystemer har man krav på sin rettmessige del av bonusen beregnet ut fra hvor mye man faktisk har arbeidet og dermed bidratt til resultat.

Kvinner har også krav på bonus for den lovpålagte delen av permisjonen. Det samme gjelder for menn.

Personer i fødselspermisjon skal heller ikke behandles strengere enn arbeidstakere med annet fravær, for eksempel langtidssykemeldte. Dette er nærmere belyst nedenfor gjennom Ombudets sak 2003/195 og den etterfølgende klagen til Nemnda i sak nr. 16/2004.

---

<sup>128</sup> 2006/54/EF

### 8.5.2 Permisjon i tilknytning med fødsel må ikke behandles strengere enn annet fravær

I saken 2003/195 mente en kvinne seg forskjellsbehandlet fordi hennes fravær ikke hadde blitt behandlet på samme måte som et fravær på grunn av sykdom i forhold til bonusutbetaling.

Firmaet kvinnen arbeidet i utbetalte bonus/resultatavhengig lønn en gang per år, fordelt etter årsverksandelen foregående år. Kvinnen hadde vært i fødselspermisjon fra medio desember 2001 til medio desember 2002. Ved bonusutbetaling for 2002, fikk hun utbetalt bonus for de to ukene hun hadde vært i arbeid pluss for de ni ukene med lovpålagt permisjon. Kvinnen mente seg likevel forskjellsbehandlet fordi at en langtidssykemeldt fikk utbetalt full bonus for 2002.

Firmaet viste til at den langtidssykemeldte kun var 100 % sykemeldt i tre måneder, for deretter å være aktiv sykemeldt. Vedkommende var så tilbake i aktivt arbeid fra juni 2002. Den yrkesaktive perioden var således lengre enn fraværperioden. I tillegg mente firmaet det var urimelig å likestille fødselspermisjon og sykeperiode. Dette fordi man ved sykemelding ikke kan utføre sitt arbeid på grunn av helsemessige grunner, mens man etter den lovpålagte delen av permisjonen har en valgmulighet med hensyn til lengden av fravær fra jobben.

Likestillingsombudet konkluderte med at firmaet handlet i strid med likestillingsloven da kvinnen fikk fratrasket sitt fravær i fødselspermisjon ved beregning av bonus/resultatavhengig lønn. Ombudet la særlig vekt på at det fremdeles er slik at kvinner tar hoveddelen av permisjonen, slik at en firmaets praksis i hovedsak vil ramme kvinner, jf. § 3 om indirekte diskriminering. Fra denne bestemmelsen kan det i fjerde ledd gjøres unntak i særlige tilfelle dersom handlingen har et saklig formål uavhengig av kjønn, og det

middel som er valgt er egnet, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende i forhold til formålet. Verken kvinnen eller den sykemeldte bidro med arbeidsinnsats i fraværperioden. Ombudet uttalte at dersom man skulle godta firmaets argument, vil det uthule mye av formålet med likestilingslovens forbud mot forskjellsbehandling, nemlig at arbeidstakere skal ha et vern mot å bli stilt dårligere fordi man føder barn og er ute i permisjon av den grunn.

Saken ble klaget inn for nemnda i sak nr. 16/2004. I saken for Nemnda gikk arbeidsgiveren tilbake på utbetalingen til den langtissykemeldte og hevdet at dette dreide seg om en feilutbetaling. Nemndas flertall som bestod av fire personer fant ikke denne forklaringen sannsynlig og mente at det ikke hadde fremkommet saklige argumenter av en slik art at det ble ansett bevist at forskjellsbehandlingen ikke skyldtes kjønn. Mindretallet på en mente at det ikke var grunn til å betvile at det hadde skjedd en feilutbetaling. Klagen ble ikke tatt til følge.

### 8.5.3 Diskriminerende rutiner for utbetaling av bonus

I sak nr. 2004/013 henvendte en kvinne seg til Ombudet for å få en vurdering av arbeidsgivers rutiner for utbetaling av bonus. Bedriften hadde retningslinjer som innebar at den ansatte fikk bonus for den perioden man faktisk jobbet. Utbetalingen av denne bonusen skulle skje på første lønning etter at man kom tilbake etter permisjon. Dersom man ikke kom tilbake til arbeidsplassen etter endt permisjon, ville bonusen imidlertid bortfalle.

Likestillingsombudet fastslo at det å ikke utbetale bonus før den ansatte er tilbake fra permisjon, er en handling som virker slik at personer i fødselspermisjon stilles dårligere enn andre arbeidstakere, jf. § 3, 4.ledd. Ombudet uttalte videre at man la til grunn at formålet med utsettelsen av utbetalingstidspunktet nok var et ønske om å unngå oppsigelser, noe Ombudet hadde forståelse for. Spørsmålet ble imidlertid om forskjellsbehandling av ansatte i fødselspermisjon og andre ansatte var et saklig og egnet



middel for å unngå oppsigelser, jf. § 3, 4.ledd. Det forelå ikke noen klare indikasjoner på at ansatte i permisjon i større grad enn andre ansatte ville si opp sin stilling umiddelbart etter bonusutbetalingen. Ombudet kunne derfor ikke se at bedriften hadde saklige argumenter for en slik forskjellsbehandling. Likestillingsombudet konkluderte derfor med at bedriftens rutiner vedrørende utbetalingstidspunktet for bonus, var i strid med likestillingsloven.

#### 8.5.4 Rett til bonus og utbetalingstidspunkt

Bonus gis oftest som en individuell belønning for oppnådde resultater i henhold til en avtale. Ved resultatbaserte bonussystemer har man krav på sin rettmessige del av bonusen beregnet ut fra hvor mye man faktisk har jobbet og dermed bidratt til resultatet. I og med at utbetalingen da er avhengig av tilstedeværelse, vil det, som i lønnstillegg under permisjon, kunne settes et minstekrav til vurderingsperiode. I vurderingen etter § 3, 4.ledd om indirekte forskjellsbehandling vil det bli tatt hensyn til andre langvarige fravær. Dersom en langtidssykemeldt får bonus for tiden vedkommende har vært borte, vil ikke permisjon på grunn av barn være en saklig grunn til å forskjellsbehandle.

På grunn av graviditetsvernet i § 3, 2.ledd, nr.2 har kvinner også krav på bonus for den kjønnsbestemte permisjonen som består av tre siste ukene før fødselen og de første seks ukene etter.

Hvis bonusen ikke er knyttet til oppnådde resultater det siste året, men er en utbetaling fordi bedriften har gått bra over lang tid, har kvinner rett på å få utbetealt samme beløp som de andre.

Kvinner i permisjon har krav på utbetaling av bonusen på samme tidspunkt som de som er i arbeid. Et motsatt resultat vil føre til forskjellsbehandling etter § 3, 3.ledd. Ombudet har

avvist at utsettelse av bonusutbetalinger på grunnlag av redsel for oppsigelse fra arbeidstakeren, ikke er saklig grunn for forskjellsbehandling.

## 8.6 Forslag om gjennomsnittlig lønnstillegg

Som vi har sett er det vesentlig for kvinners lønnnivå å bli tatt i betraktning under permisjon så vel som ved gjeninntreden.

Rettigheter etter endt foreldrepermisjon var også et tema for Likelønnskommisjonen. Blant sine forslag anbefaler kommisjonens flertall at organisasjonene i arbeidslivet innfører en tariffestet rett til gjennomsnittlig lønnstillegg for foreldre som har fravær fra arbeidsplassen i forbindelse med fødsel – og foreldrepermisjon. Målet er å sikre at mødre og fedre ikke blir hengende etter i lønnsutviklingen mens de er i foreldrepermisjon.

Spørsmålet er da om en slik ordning kan være bærekraftig for arbeidsgiveren. Et slikt tillegg vil representere en kostnad for arbeidsgiver fordi arbeidstakere som har vært borte vil nyte godt av andres produktivitet uten å ha bidratt selv.<sup>129</sup>

## 9 Håndhevingsorganer som har relevans for diskrimineringsforbudet

Likestillingsloven, som andre lover, håndheves primært av domstolene. I praksis skjer håndhevingen av diskrimineringsforbudet hos Likestillings – diskrimineringsombudet (heretter kalt Ombudet) og Likestillings – og diskrimineringsnemnda (heretter kalt

---

<sup>129</sup> NOU 2008:6 s. 226 flg

Nemnda).<sup>130</sup> Enkeltsaker som behandles i første instans (Ombudet), kan bringes inn for andreinstansen (Nemnda) dersom partene ikke frivillig innretter seg etter førsteinstansens uttalelse.

Ombudets og Nemndas kompetanse er likevel begrenset hva gjelder tariffavtaler samt at organene er pliktig til å tolke diskrimineringsforbudet i samsvar med de internasjonale forpliktelsene tolket av internasjonale autoritative organ.

## 9.1 Likestillings - diskrimineringsombudet

Ombudet skal sammen med Nemnda føre tilsyn med og medvirke til gjennomføringen av likestillingsloven.<sup>131</sup> Videre skal Ombudet være en pådriver og arbeide for å fremme reell likestilling og likebehandling.<sup>132</sup>

Ombudet kan gi uttalelse om hvorvidt et forhold er i strid med bestemmelser gitt i likestillingsloven.<sup>133</sup> Uttalelser i klagesaker er juridisk sett ikke rettslig bindende og dersom den som får en uttalelse i mot seg ikke frivillig innretter seg, kan saken imidlertid påklages til nemnda av den som klaget saken inn for ombudet.<sup>134</sup> Ombudet kan også bringe saken inn for Nemnda på eget initiativ.<sup>135</sup>

---

<sup>130</sup> 1. januar 2006 trådte Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda i funksjon. jf. Lov 10.juni 2005 nr. 40 (diskrimineringsombudsloven) Dette nye håndhevingsapparatet erstattet det tidligere Likestillingsombudet, Klagenemnda for likestilling, Likestillingssenteret og Senter mot etnisk diskriminering.

<sup>131</sup> Diskrimineringsombudsloven § 1 annet ledd

<sup>132</sup> Diskrimineringsombudsloven § 3 første ledd

<sup>133</sup> Diskrimineringsombudsloven § 3 tredje ledd

<sup>134</sup> Diskrimineringsombudsloven § 6 første ledd

<sup>135</sup> Diskrimineringsombudsloven § 3 tredje ledd

Likestillingsombudet kan unntaksvis fatte rettslig bindende vedtak.<sup>136</sup> Dette kan bare skje dersom en part ikke innretter seg etter Ombudets opprinnelige uttalelse, og det vil medføre ulempe eller skadevirkning å avvende Nemndas vedtak.

## 9.2 Likestillings - og diskrimineringsnemnda

Nemnda behandler klager på Ombudets uttalelser og vedtak.<sup>137</sup> Nemnda behandler kun saker som først er behandlet av Ombudet.<sup>138</sup>

Nemnda er et uavhengig forvaltningsorgan administrativt underordnet Kongen og departementet. Kongen eller departementet kan ikke gi instruks om eller omgjøre Nemndas utøving av myndighet i enkeltsaker. Overprøving av Nemndas vedtak må derfor skje i domstolen.

Nemnda kan treffe vedtak om at det foreligger brudd på likestillingsloven.<sup>139</sup> Der det er truffet vedtak av andre forvaltningsorganer eller saker som gjelder beslutninger truffet av kongen eller departementene, har ikke Nemnda vedtakskompetanse. Nemnda kan likevel gi en ikke-bindende uttalelse i slike typer saker.<sup>140</sup>

Myndighet i rettsvister om tariffavtaler er begrenset av Arbeidsrettens kompetanse. Nemnda har etter likestillingsloven rett til å fatte bindende vedtak når det gjelder

---

<sup>136</sup> Diskrimineringsombudsloven § 4

<sup>137</sup> Diskrimineringsombudsloven § 4

<sup>138</sup> Diskrimineringsombudsloven § 6

<sup>139</sup> Diskrimineringsombudsloven § 7 første ledd

<sup>140</sup> Diskrimineringsombudsloven § 9

likestillingsloven, men kan ikke treffe slike vedtak med virkning for tariffavtaler som sådan.<sup>141</sup>

Etter § 10 kan Nemnda likevel komme med en ”begrunnet uttalelse” om hvorvidt en tariffavtale eller bestemmelse i tariffavtale som er brakt inn for nemnda, er i strid med en av bestemmelsene i likestillingsloven.<sup>142</sup> Dette betyr at enkeltpersoner eller grupper av personer kan henvende seg til håndhevingsorganene med klage og få en uttalelse på at en tariffavtale er i strid med likestillingsloven. På denne måten slepper man å gå veien om individualisering og det blir satt søkelys på en avtale som gjelder svært mange mennesker. Uttalelsene er ikke bindende for dem som saken gjelder og hvis avtalepartene ikke er enig med Nemnda, kan avtalen bringes inn for Arbeidsretten for å få en bindende avgjørelse om spørsmålet.<sup>143</sup>

Spørsmål om bestemmelser i tariffavtaler er lovstridige kan imidlertid komme opp indirekte gjennom behandling av individuelle klagesaker som kommer til håndhevingsapparatet for behandling. Nemnda kan på samme måte som de alminnelige domstoler, treffe vedtak i enkeltsaker som også berører tariffavtaler. Hver av partene i tariffavtalen kan med oppsettende virkning bringe slike saker inn for Arbeidsretten.<sup>144</sup>

### 9.3 Domstolene

Diskrimineringsaker kan bringes inn for domstolen enten ved at vedtak<sup>145</sup> i nemnda ønskes overprøvd<sup>146</sup>, eller ved at det reises søksmål mot en privat part om selve det

---

<sup>141</sup> Diskrimineringsombudsloven § 10

<sup>142</sup> Diskrimineringsloven § 10 andre ledd

<sup>143</sup> Ot.prp. nr.77(2000-2001) s 95

<sup>144</sup> Diskrimineringsombudsloven § 10. 3.ledd

<sup>145</sup> Diskrimineringsombudsloven § 12, 1.ledd, 2.pkt

<sup>146</sup> Domstolen har full prøvingsrett, jf § 12, 1.ledd. 1.pkt

diskriminerende forhold.<sup>147</sup> Dette vil si at en diskriminerings sak mot en privat part kan føres for domstolen uten at den har vært behandlet av håndhevingsapparatet.<sup>148</sup> Dersom en ønsker erstatning for det diskriminerende forholdet, er det kun domstolene som kan ilegge dette. Se punkt 10.3.

Etter den nye tvisteloven som trådte i kraft 1.januar 2008, kan ombudet i visse tilfeller yte partshjelp i domstolen etter tvisteloven § 15-7.<sup>149</sup> Departementet har også vurdert om ombudet kan yte partshjelp for en av partene i en tariffavtale i en sak for Arbeidsretten, og konkludert med at det prinsipielt sett ikke er utelukket.<sup>150</sup> Arbeidstvistloven har imidlertid egne prosessregler som gjør at tvistelovens bestemmelser ikke kommer til anvendelse i saker for Arbeidsretten.<sup>151</sup>

## 9.4 Arbeidsretten

Arbeidsretten er en særdomstol som er opprettet til å avgjøre tvister om tariffavtalens gyldighet, forståelse eller beståen og krav som grunner seg på tariffavtaler.<sup>152</sup> Arbeidsretten skal også behandle tvister om brudd på fredsplikten og erstatningsansvar for tariffbrudd og ulovlig arbeidsstans.<sup>153</sup> Etter arbtvl § 11 skal Arbeidsretten bestå av en leder, en nestleder og fem andre medlemmer, hvorav fire velges etter innstilling av arbeidernes og arbeidsgivernes større organisasjoner. Det er bare organisasjoner, eller eventuelt enkeltstående arbeidsgivere som er part i tariffavtalen, som kan reise sak for

---

<sup>147</sup> Diskrimineringsombudsloven § 12

<sup>148</sup> Ot.prp.nr.34(2004-2005) s 71

<sup>149</sup> NOU 2008:6

<sup>150</sup> NOU 2008:6 s 112

<sup>151</sup> NOU 2008:6 s. 112

<sup>152</sup> Arbeidstvistloven § 7

<sup>153</sup> Arbeidstvistloven §§ 4 og 5

Arbeidsretten.<sup>154</sup> Om Arbeidsrettens behandlings av tilsvarende tvister i staten finnes det særlige regler i Lov om offentlige tjenestetvister.

## 9.5 EF-domstolen

EF-domstolen er De europeiske fellesskapers domstol som er satt til å kontrollere EF-rettsakters lovlighet.

Etter EØS-avtalen art. 6 skal avtalens bestemmelser og direktiver gitt i henhold til avtalen tolkes i lys av rettspraksis avsagt av EF-domstolen før 2. mai 1992. Dette betyr at norske domstoler, EFTA-domstolen, ESA og andre myndigheter skal tolke likestillingsloven i samsvar med slik praksis.

Avgjørelser avsagt etter dette tidspunkt omfattes ikke av EØS-avtalens art. 6, men målsettingen om homogenitet, likestillingsrettens dynamiske karakter og ODA-avtalen<sup>155</sup> art. 3 nr. 2<sup>156</sup> tilsier at EF-domstolens praksis også etter undertegning av EØS-avtalen er relevant.

## 9.6 ESA

ESA,<sup>157</sup> som er et overnasjonalt kontrollorgan er opprettet for å påse at nasjonale myndigheter i EFTA-statene etterlever sine EØS-forpliktelser<sup>158</sup> lojalt, kan komme med

---

<sup>154</sup> Arbeidstvistloven § 8

<sup>155</sup> Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol av 2.mai 1992

<sup>156</sup> ESA og EFTA-domstolen skal ta tilbørlig hensyn til dommer avsagt av EF-domstolen etter EØS-avtalens undertegning. ( se EØS-avtalens forale sekstende ledd)

<sup>157</sup> EFTAS Surveillance Authority

<sup>158</sup> EØS-loven, jf art. 109

uttalelser eller anbefalinger<sup>159</sup> hvis de mener at Norge ikke gjennomfører for eksempel likelønnsprinsippet etter EØS-avtalen. ESA har ikke kompetanse til å pålegge EFTA-statene plikter, derfor så er uttalelsene og anbefalingene ikke bindende. En såkalt grunnlagt uttalelse etter ODA<sup>160</sup> art. 31 er uttrykk for ESAs endelige syn på saken. Den er et varsel om at EØS-retten etter ESAs mening er brutt, og at det vil kunne bli tatt ut traktatbruddssøksmål for EFTA-domstolen dersom feilen ikke rettes innen en nærmere angitt frist.<sup>161</sup>

## 9.7 EFTA-domstolen

EFTA-domstolen skal virke i samsvar med EØS-avtalen og avtalen mellom EFTA-landene om opprettelsen av et overvåkningsorgan og en domstol.<sup>162</sup> EFTA-domstolen behandler saker som ESA bringer inn for domstolen.

Domstolen skal være med på å sikre ensartet tolkning av avtalen<sup>163</sup>. Forutsetningen er også en ensartet tolkning i forhold til EF-domstolen. Norske domstoler har derfor adgang til å stille domstolen prejudisielle spørsmål om tolkning av fellesskapsrettslige rettsakter under behandlingen av konkrete saker. EFTA-domstolens uttalelser er kun rådgivende, jf ODA art. 34. Selv om avgjørelsene formelt sett ikke er bindende, bør de nasjonale domstolene likevel følge opp EFTA-domstolens uttalelser. I forarbeidene går man ut i fra at EFTA-domstolens uttalelser vil bli tatt i betraktning ved domstolene.<sup>164</sup>

---

<sup>159</sup> ODA art 5(2) bokstav b

<sup>160</sup> Avtale mellom EFTA-statene om overvåkningsorgan og domstol. Vedlegg til lov nr. 109/1992 (EØS-loven)

<sup>161</sup> ODA art. 31

<sup>162</sup> ODA art 27

<sup>163</sup> EØS-avtalens art. 105(1) og art. 108(2)

<sup>164</sup> St. prp. Nr. 100 (1991-92) s. 330



EFTA-domstolen har ikke blitt brukt i likelønnssaker. Grunnen kan også være at svært få slike saker blir tatt for domstolene. Mange saker havner hos ombudet og/eller nemnda. Spørsmålet er da om ombudet og nemnda og ikke minst arbeidsretten, kan regnes som domstol og dermed ha adgang til å stille prejudisielle spørsmål til EFTA-domstolen.<sup>165</sup>

Spørsmålet om hva som var en domstol etter ODA art.34 har vært oppe i EFTA-domstolen.<sup>166</sup> Ut i fra de momentene som ble oppstilt vil det fremstå som klart at nemnda har adgang til å stille slike spørsmål. Om hvorvidt ombudet er berettiget til det samme, fremstår som noe mer usikkert. Selv om Arbeidsretten ikke definert som en alminnelig domstol<sup>167</sup>, vil det nok ikke være tvil om at den har en slik kompetanse.<sup>168</sup>

## 9.8 Kvinnekomiteen

Kvinnekonvensjonen etablerer en komité- Kvinnekomiteén ( CEDAW) til å overvåke at konvensjonspartene gjennomfører pliktene sine etter konvensjonen. Landene rapporterer om den nasjonale gjennomføringen<sup>169</sup>, og CEDAW –komiteén kan fremme forslag og anbefalinger på grunnlag av rapportene fra medlemslandene. Uttalelsene er ikke folkerettslig bindende, men manglende vilje til å følge komiteéns synspunkter må forventes å bli lagt merke til internasjonalt.<sup>170</sup> Ved behandlingen av Norges siste rapport (august 2007) til CEDAW, uttrykte komiteén bekymring for lønnsforskjellene mellom kvinner og menn i Norge. Norge ratifiserte i 2002 en tilleggsprotokoll som etablerer en

---

<sup>165</sup> ODA art. 34

<sup>166</sup> EFTA-domstolens sak E-1/94, premiss 33-34

<sup>167</sup> Domstoloven § 1

<sup>168</sup> ARD 1999 s 186 og Vigerust 1998 s 190-192

<sup>169</sup> Konvensjonens art. 18

<sup>170</sup> Ot.prp.nr.35(2004-2005) s 64

individklageadgang som har ført til en styrket overvåkning av statens gjennomføring av kvinnekonvensjonen.<sup>171</sup>

## 10 Sanksjoner

Det siste som er relevant å se på er hvilke virkninger ombudets og nemndas vedtak og uttalelser har, og hvilken sanksjonsmyndighet som er tillagt håndhevingsorganene.

### 10.1 Ugyldighet

Det følger av alminnelige avtalerettslige prinsipper at en bestemmelse i en tariffavtale er ugyldig i den utstrekning den er i strid med likestillingsloven.<sup>172</sup> Slike bestemmelser vil være en nullitet og avtalepartene vil ikke være bundet av dem.

Uavhengig av om det er fattet (bindende) avgjørelse om tvisten i Arbeidsretten eller de andre håndhevingsorganene, vil ikke avtalen kunne legges til grunn i individuelle ansettelsesforhold.<sup>173</sup>

EF-domstolen har påpekt at tariffavtaler i strid med likelønnsprinsippet skal settes til side uten å avvente nye forhandlinger, og at diskriminerte arbeidstakere har krav på å få den samme lønn som sammenligningspersonen, som er det eneste referansepunktet inntil ny avtale er fremforhandlet.<sup>174</sup>

---

<sup>171</sup> Ot.prp.nr.35 (2004-2005) s. 63

<sup>172</sup> ARD 1990 s 148

<sup>173</sup> Vigerust, Kollektiv avtalefrihet og retten til likelønn, 2003 s 32

<sup>174</sup> Sak C-184/89, Nimz og Sak C-33/89, Kowalska

Sett i sammenheng med Nemndas uttalelsesrett etter diskrimineringsombudsloven § 10, vil uttalelse i en konkret sak gi grunnlag for erstatningskrav fra de som omfattes av avtalen. Dette fordi ugyldighetsvirkningen ikke avhenger av at spørsmålet er avgjort ved dom.<sup>175</sup> Et slikt krav kan rettes ikke bare mot arbeidsgiver, men også mot fagorganisasjonen eller arbeidsgiverorganisasjonen som har inngått avtalen.

## 10.2 Hva Nemndas vedtak kan gå ut på

Ombudets og Nemndas håndhevingskompetanse er regulert av likestillingsloven § 9, jf. diskrimineringsombudsloven. Etter diskrimineringsombudsloven § 7 kan Nemnda gi pålegg om retting, stansing eller andre tiltak for å sikre at forskjellsbehandlingen opphører. Den kan også pålegge private eller andre å gi opplysninger og foreta undersøkelser.<sup>176</sup> Nemnda kan treffe vedtak om tvangsmulkt for å sikre gjennomføringen av pålegg etter § 7, dersom fristen for å etterkomme pålegget er oversittet.<sup>177</sup> Utenom begrensingen i forhold til Arbeidsretten,<sup>178</sup> inneholder § 9 et viktig unntak. Her begrenses Nemndas kompetanse ved at den ikke kan oppheve eller endre vedtak truffet av andre forvaltningsorganer og at ”Nemndas vedtak ikke er bindende for Kongen eller departementet”.

## 10.3 Erstatning for tap i forbindelse med diskriminering

Likestillingslovens § 17, 1.ledd oppstiler et objektivt erstatningsansvar for arbeidsgivere i saker om diskriminering. Ombudet og Nemnda har etter § 9 i samme lov ikke kompetanse til å fastsette oppreisning, og derfor er en diskriminert part tvungen til å gå til sak for

---

<sup>175</sup> Vigerust, Kollektiv avtalefrihet og retten til likelønn, 2003 s 34

<sup>176</sup> Diskrimineringsombudsloven § 11

<sup>177</sup> Diskrimineringsombudsloven § 8

<sup>178</sup> Diskrimineringsombudsloven § 10

domstolen for å få erstatning for tapt inntekt fra det tidspunktet diskrimineringen startet, med mindre arbeidsgiveren utbetaler beløpet frivillig.

#### 10.4 Straff

Det kan etter diskrimineringsombudsloven § 13 ilegges straff for overtredelse av pålegg og brudd på opplysningsplikten.

## 11 Litteraturliste

- Blanpain, Roger *European labour Law*. Tenth revised edition. 2006
- Borgerud Moen, Ingeborg...[et al.]. *Arbeidsrett Særlig om omstilling i offentlig sektor*. Oslo, 2007
- Craig, Paul og Gráinne De Búrca *EU LAW text, cases and materials*. Third edition. Oxford, 2002
- Eckhoff, Torstein *Rettskildelære*. Redigert ved Jan E. Helgesen. 5.utg. Oslo, 2001
- Fredrik Sejersted...[et al.]. *EØS-RETT*. 2.utg. Oslo, 2003
- Jakhelln, Henning *Oversikt over arbeidsretten*. 4.utg. Oslo, 2006
- Jakhelln, Henning og Helga Aune *Kommentarer til arbeidsmiljøloven*. 2.utg. Oslo, 2006
- Kjønstad, Asbjørn *Folketrygdloven med kommentarer*. 2.utg. Oslo, 2007
- Strand, Blaker Vibeke *Vern mot direkte og indirekte diskriminering etter norsk rett – et ensartet vern?* I: Hovedlitteratur Diskriminerings- og likestillingsrett. Avdeling for kvinnerett Universitetet i Oslo. Oslo, 2006
- Vigerust, Elisabeth *Arbeid, barn og likestilling*. Oslo, 1998
- Vigerust, Elisabeth *Kollektiv avtalefrihet og retten til likelønn*. Oslo, 2003 ( Institutt for offentlig retts skriftserie nr 4/2003)
- Vigerust, Elisabeth *Likestillingsloven og Norges internasjonale forpliktelser*. Oslo, 2003 ( Institutt for offentlig retts skriftserie nr 4/2003)

## **12 Lov – og forarbeidsregister**

### 12.1 Lover, direktiv og internasjonale konvensjoner

#### 12.1.1 Lover

2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17.juni Nr. 90

2005 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17.juni Nr. 62

2005 Lov om Likestillings – og diskrimineringsombudet og Likestillings – og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven) av 10.juni Nr. 40

1997 Lov om folketrygd (folketrygdloven) av 28. feb Nr. 19

1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hovedavtalen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27.nov Nr. 109

1978 Lov om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) av 9. juni Nr. 45

1958 Lov om offentlige tjenestetvister (tjenestetvistloven) av 18.juli Nr. 2

1927 Lov om arbeidstvister (arbeidstvistloven) av 5.mai Nr. 1

1915 Lov om domstolene (domstolloven) av 13.august Nr. 5

1814 Kongeriget Norges Grundlov (grunnloven) av 17.mai

#### 12.1.2 EU-direktiver

Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and woman in matters of employment and occupation (recast)

Rådsdirektiv 76/207/EØF om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår av 9.februar 1976( likestillingsdirektivet)

Rådsdirektiv 75/117/EØF om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om gjennomføring av prinsippet om lik lønn til mannlige og kvinnelige arbeidstakere av 10.februar 1975 (likelønnsdirektivet)

### 12.1.3 Internasjonale konvensjoner m.m

ILO-convention no 111 Convention concerning Discrimination in Respect of Employment and Occupation. 1958.

ILO-convention no 100 Convention concerning Equal Renumeration in Employment and Occupation. 1951.

UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Woman, 18 December 1979 (FNs kvinnekonvensjon)

## 12.2 Forarbeider

### 12.2.1 Stortingsdokumenter

Ot.prp.nr.35(2004-2005) Om lov om endringer I likestillingsloven mv. (gjennomføring av Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/73/EF og innarbeiding av FN-konvensjonen om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner med tilleggsprotokoll i norsk lov)

Ot.prp.nr.34(2004-2005) Om lov om Likestillings – og diskrimineringsombudet og Likestillings – og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)

Ot,prp.nr.77(2000-2001) Om lov om endringer I likestillingsloven mv. (plikt til å arbeide for likestilling, skjerping av forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, forbud mot seksuell trakassering mv.)

Ot.prp.nr.33(1974-1975) Lov om likestilling mellom kjønnene

St.prp.nr.100(1991-1992) Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), undertegnet I Oporto 2.mai 1992

### 12.2.2 Norges offentlige utredninger

NOU 2008:6 Kjønn og lønn

NOU 2003:2 Skjerpet vern mot diskriminering

NOU 2001:14 Vårens vakreste eventyr...?

## 13 Domsregister

### 13.1 Arbeidretten

ARD 1999 s 186

ARD 1994 s 231

ARD 1990 s 148

### 13.2 Likestillings – og diskrimineringsombudet/Likestillingsombudet

Harstad-saken uttalelse av 27.03.08 (sak nr. 06/1834)

Sak 2004/ 292

Sak 2004/103



Sak 2004/098

Sak 2004/013

Sak 2003/271

Sak 2003/195

Sak 2003/166

Sak 2002/257

Sak 2002/240

Sak 2002/170

### 13.3 Likestillings – og diskrimineringsnemnda/ Klagenemnda for likestilling

Sak 2007/15

Sak 2006/9b

Sak 2005/31

Sak 2004/22

Sak 2004/16

Sak 2003/6

Sak 2000/8

### 13.4 EF-domstolen

C-147/02 Michelle K. Alabaster v Woolwich plc mot Secretary of State for Social Security.  
Saml. 2004 I-03101

C-381/99 Susanna Brunnhofer mot Bank der österreichischen Postsparkasse AG.  
Saml. 2001 s I-04961

C-236/98 Jämställdhetsombudsmannen mot Örebro läns landsting. Saml. 2000 s I-02189

C-333/97 Susanne Lewen mot Lothar Denda. Saml. 1999 s I-07243

C-400/93 Specialarbejderforbundet i Danmark mot Dansk Industri, tidl. Industriens  
Arbejdsgivere, på vegne av Royal Copenhagen A/S. Saml. 1995- I s 1275. 260

C-342/93 Joan Gillespie mfl mot Northern health and Social Services Boards, Department of Health and Social Services, Eastern Health and SocialmServices Board and Southern Health and Social Services Board. Saml. 1996- I s 475

C-127/92 Dr. Pamela Mary Enderby mot Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health. Saml. 1993-I s 5535

C-184/89 Helga Nimz mot Freie und Hansestadt Hamburg. Saml. 1991-I s 297.

C-33/89 Maria Kowalska mot Freie und hansestadt hamburg. Saml. 1990-I s 2591

C-262/88 Douglas Harvey Barber mot Guardian Royal Exchange Assurance Group. Saml. 1989-I s 1989

C-109/88 Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark mot Dansk Arbejdsgiverforening, på vegne av Danfoss. Saml. 1989 s 3199

C-170/84 Bilka – Kaufhaus GmbH mot Karin Weber von Hartz. Saml 1986 s 1607

C-184/83 Ulrich Hpffmann mot Barmer Ersatzkasse. Saml 1984 s 3047

### 13.5 EFTA-domstolen

E-1/94 The Republic of Finland mot Ravintoloitsijain Liiton Kustannus Oy Restamark.  
Dom av 16.desember 1994.

